

Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil

Alternative systems of dispute resolution: negotiation, conciliation, mediation, arbitration in civil and commercial areas

Dra. Susana SAN CRISTÓBAL REALES
Universidad Antonio de Nebrija
Madrid

Resumen: En el ámbito civil y mercantil, cuando el derecho es disponible, las personas pueden resolver sus controversias por medio de la jurisdicción y de los sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación y arbitraje.

Abstract: In civil and commercial areas, where the right is available, people can solve their controversies by means of the jurisdiction and alternative systems of dispute resolution: negotiation, conciliation, mediation and arbitration.

Palabras clave: ADR (sistemas alternativos de resolución de conflictos, or sistemas complementarios de resolución de conflictos), negociación, conciliación, mediación, arbitraje

Keywords: ADR (alternative dispute resolution, or adequated dispute resolution), negotiation, conciliation, mediation and arbitration.

Sumario:

- I. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos.**
- II. Los sistemas autocompositivos: negociación, conciliación y mediación.**

2.1. *La negociación.*

2.2. *La conciliación.*

2.3. *La mediación.*

III. Los sistemas heterocompositivos: diferencias entre arbitraje y jurisdicción.

3.1. *El arbitraje.*

3.2. *La jurisdicción.*

IV. La constitucionalidad de los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

V. La jurisdicción y la conexión funcional con los restantes mecanismos de resolución de controversias.

VI. La disponibilidad del asunto civil y mercantil por las partes.

VII. Norma imperativa y resolución del conflicto por arbitraje, negociación, mediación, conciliación.

Recibido: octubre de 2012.

Aceptado: diciembre de 2012.

I. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Una de las funciones esenciales de nuestro Estado de Derecho es garantizar la tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Con esa finalidad, dentro del derecho público, se encuentra el derecho procesal, que establece los distintos mecanismos de resolución de conflictos, que aplican al caso concreto, la norma sustantiva correspondiente (derecho civil, penal, mercantil, laboral, etc.), para resolver la controversia jurídica de fondo planteada por las partes.

El aumento progresivo de litigios en los últimos años, ha agudizado el endémico retraso jurisdiccional, con procesos lentos y costosos para el Estado y las partes litigantes. Las reformas procesales en el ámbito jurisdiccional han aportado soluciones parciales para agilizar la jurisdicción, pero hace falta complementarlas con otros sistemas alternativos, que garanticen la convivencia social, absorbiendo gran parte de la litigiosidad.

La jurisdicción debería quedar reducida a la solución de controversias que no se puedan solucionar por otros mecanismos alternativos, por no ser materia de libre disposición, o cuando los sistemas autocompositivos han fracasado.

En este sentido, un buen funcionamiento del arbitraje y los mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos, mejorará la propia jurisdicción, al descargarla de asuntos.

Por ello, una de las líneas de actuación del Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012 presentado por el Ministerio de Justicia, ha consistido en desarrollar e implantar otros mecanismos de resolución de controversias, estableciendo progresivamente la mediación, la conciliación o el arbitraje en distintas jurisdicciones.

Junto a lo anterior, la normativa comunitaria, a partir del Consejo de Tampere, se muestra favorable a la utilización de estos otros sistemas distintos al

jurisdiccional para conseguir el acceso a la justicia, como derecho fundamental de todos los ciudadanos europeos.

En la reciente Directiva Comunitaria 2008/52, aunque reducida al ámbito de las controversias transfronterizas, se considera que la mediación mejorará la justicia, y obliga a los estados miembros a incorporarla a sus ordenamientos. Como consecuencia de la citada Directiva, se ha publicado la actual Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Por tanto, para materias disponibles, junto a la jurisdicción, los particulares pueden utilizar otros mecanismos de resolución de controversias, que pueden ser autocompositivos, o heterocompositivos.

II. LOS SISTEMAS AUTOCOMPOSITIVOS: NEGOCIACIÓN, CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN

Los sistemas autocompositivos se caracterizan porque son las propias partes contendientes las que de forma voluntaria van a alcanzar un acuerdo o “transacción” (regulado en el Código Civil (en adelante CC) en los artículos 1809 y ss.), para resolver su conflicto. Por tanto, a través del consenso entre las partes se resuelve el conflicto. Cumplen una función cívica, al permitir a los ciudadanos evitar o resolver sus conflictos de forma privada.

Estos sistemas, gestionan mejor los intereses de las partes en conflicto, al ser ellas mismas las que resuelven su litigio a través del diálogo (solas o con la ayuda de un tercero), llegando a un acuerdo o transacción.

La autocomposición necesita la cooperación de las partes, de modo que ambas ganen y pierdan algo, para resolver su conflicto. Esto permite que terminado el litigio, las partes puedan mantener una mejor relación entre ellas, al haber pactado su propio acuerdo, lo que llevará mayoritariamente a una ejecución voluntaria de la transacción¹.

Por lo anterior, los sistemas autocompositivos, son especialmente convenientes cuando las relaciones entre las partes deben continuar tras el litigio, como es el caso de las controversias familiares, o entre vecinos, socios, alumnos, o empresas con vinculaciones más o menos permanentes. También cuando las partes buscan la confidencialidad, la rapidez en la resolución, o un menor coste que la jurisdicción.

¹ Sobre las ventajas de los sistemas autocompositivos Vid. BELLOSO MARTÍN, N., “Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/ce sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, Revista electrónica de Direito Processual, vol. II.

Por otro lado, estos mecanismos alternativos, descargan de trabajo a los tribunales (que es uno de los motivos que impulsan a los legisladores extranjeros y nacional a regular esta materia)², optimizando los recursos jurisdiccionales. Además, si fracasan, el litigio puede retomar la vía judicial o arbitral.

Ahora bien, estos sistemas también tienen sus límites, pues como hemos indicado anteriormente, no se pueden utilizar para resolver conflictos no disponibles, y son menos eficaces para reclamaciones patrimoniales.

Por otro lado, también tienen sus desventajas³, cuando una parte es económicamente más fuerte que la otra, e impone a la más débil las condiciones para resolver el conflicto, esgrimiendo los altos costes que supondría para la otra parte la vía judicial o arbitral, logrando de esta manera, transacciones más ventajosas para ella.

Son mecanismos de solución de conflictos autocompositivos: la negociación, conciliación y mediación⁴. Estos sistemas alternativos, pueden tener dos

² Los sistemas autocompositivos de mediación y conciliación están integrados dentro de los llamados sistemas ADR (acrónimo de la denominación en inglés Alternative Dispute Resolution) y que su origen es norteamericano.” Se suele considerar como su partida de nacimiento un célebre artículo del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, Roscoe POUND, publicado en 1906 y titulado “Las causas de la insatisfacción popular con la Administración de Justicia”.... En los años 60 y 70 del siglo pasado, la situación de la Justicia norteamericana era verdaderamente insostenible. Puede señalarse como muestra que el montante económico de los gastos legales en Estados Unidos era superior a la facturación de toda la industria siderúrgica. Llegó a haber en un año más de 18 millones de pleitos civiles, uno por cada diez adultos..... Esta situación hizo que se pusieron en marcha los diferentes sistemas alternativos al proceso y, como más importantes, la conciliación, la mediación, la evaluación preliminar independiente, el mini-juicio, y el arbitraje”, TORRES ESCÁMEZ S., “Pasado, presente y futuro de la mediación como sistema de solución de conflictos”, en *El notario del siglo XXI*, revista on line del Colegio Notarial de Madrid, nº 32 (julio-agosto 2010) 61.

³ Vid. sobre este punto, BELLOSO MARTÍN, N., “Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista electrónica de Direito Processual*, vol. II.

⁴ En las últimas décadas se ha producido una búsqueda de alternativas no jurisdiccionales para la resolución de conflictos, que fundamentalmente tuvieron su origen en los sistemas anglosajones, y en especial en los EEUU, y que se denominaban ADR (Alternative Dispute Resolution), si bien en los últimos años han perdido el sentido alternativo a los tribunales, para actuar en ciertos sectores del ordenamiento de forma complementaria, cambiando su denominación (Adequated Dispute Resolution), pero no las siglas.

Dentro de la tutela extrajurisdiccional podemos distinguir dos clases:

Las **ADR** (*Alternative Dispute Resolution*, o Adequated Dispute Resolution): que engloban: la negociación; la mediación; la conciliación, y el arbitraje.

Las **ODR** (*Online Dispute Resolution*) pensadas para ser utilizadas en un entorno electrónico, suponen la aplicación de las nuevas tecnologías en la resolución de los conflictos derivados de transacciones electrónicas, incluyendo el llamado arbitraje electrónico o en línea, así como las

finalidades: evitar el proceso jurisdiccional o arbitral, o bien, una vez iniciado éste, ponerle fin.

2.1. La Negociación

La negociación la podemos definir como un sistema de resolución de conflictos mediante el cual dos o más partes con intereses contrapuestos se comunican para llegar a un acuerdo, cediendo en algo cada una de ellas.

Es frecuente que las partes o al menos una de ellas, intente llegar a un acuerdo antes de acudir a la vía jurisdiccional o arbitral, por lo que suele ser el primer sistema de resolución de conflictos al que acuden las partes.

Incluso, iniciado el proceso judicial o el arbitral, es posible que las partes decidan intentar una negociación para resolver de forma más rápida y barata el litigio, utilizando por ejemplo, los mecanismos de suspensión del proceso judicial o los sistemas de terminación anticipada en el proceso arbitral previstos en el artículo 38 Ley 60/2003, de arbitraje (en adelante LA).

En la negociación intervienen solo las partes, aunque es posible la intervención de un tercero al que se solicite una opinión experta sobre algún tema (aunque su opinión nunca es vinculante) para orientar la resolución del conflicto. También es posible que por las partes negocien sus abogados o apoderados como representantes de aquéllas.

Si la negociación prospera, y se llega a un acuerdo, se habrá producido una transacción, que es un contrato entre partes, regulado en los artículos 1809 y ss. CC. Como hemos indicado anteriormente, la transacción puede tener como finalidad evitar el proceso jurisdiccional o arbitral, en cuyo caso será una transacción extraprocésal. Pero también puede servir poner fin a un proceso jurisdiccional o arbitral ya iniciado.

La transacción extraprocésal, se realiza con carácter previo al proceso judicial o arbitral, y fuera de la sede judicial o arbitral. Son un contrato entre partes, pues su naturaleza es jurídica material. A su vez, dentro de las de este tipo, pueden estar elevadas a escritura pública, o carecer de este efecto y ser únicamente un contrato.

Respecto a las transacciones otorgadas en documento público, hay que recordar, que la primera copia de la escritura tiene aparejada ejecución.

restantes modalidades de resolución extrajudiciales en cuya realización tenga lugar el uso de medios electrónicos con la finalidad de agilizarlos, flexibilizarlos y abaratarlos.

También la tiene la segunda copia, si es dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o si se expide con la conformidad de todas las partes. (517.2.4 LEC).

El resto de las transacciones no son título ejecutivo, y por tanto, no llevan aparejada ejecución, considerándose únicamente un contrato entre partes, que se podrá hacer valer, en caso de incumplimiento, por el juicio ordinario que corresponda conforme a las reglas generales.

La transacción realizada pendiente el proceso judicial o el proceso arbitral, puede ser a su vez de dos clases:

Puede constituir una transacción procesal, cuando tienen lugar pendiente el proceso jurisdiccional o arbitral y consta en autos, como consecuencia de la homologación por auto del acuerdo de transacción por el juez (art. 415 LEC), o en el arbitraje porque el árbitro recoge el acuerdo en el laudo (art. 36 LA). Estas transacciones homologadas por el juez o el árbitro son título ejecutivo asimilado a sentencia judicial (art. 517.3 LEC), y producen el efecto de poner fin al pleito iniciado.

También puede constituir una transacción extraprocesal, que es la que tiene lugar iniciado el proceso jurisdiccional o arbitral y al margen del mismo, pero con la finalidad de ponerle fin, cuando exista un acuerdo entre las partes por el que resuelvan el conflicto (dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa), y este contrato no llegue al proceso jurisdiccional o arbitral, bien porque las partes han pedido la suspensión y dejan caducar la instancia (en la jurisdicción), bien porque han utilizado otros actos procesales para poner fin al proceso como la renuncia, el desistimiento, allanamiento, etc. , tanto en la jurisdicción como en el arbitraje.

Dentro de este tipo de transacción, hay que distinguir a su vez, aquellas que se otorgan en documento público, de las que son únicamente un contrato entre partes.

2.2. La Conciliación

La conciliación es otro mecanismo autocompositivo, por el que las partes, por la autonomía de la voluntad, y siempre que la materia sea disponible, pueden evitar el inicio de un pleito o poner fin al juicio ya comenzado, por consenso en la solución de su conflicto, alcanzado ante un tercero (juez de paz, o secretario judicial) antes del proceso de declaración, o iniciado el proceso, en la Audiencia Previa del juicio ordinario, o en la vista del juicio verbal. El tercero no decide nunca, resuelven las partes.

En nuestro ordenamiento jurídico⁵, hay dos clases de conciliación en relación con la litispendencia. Si la conciliación es anterior al juicio y con el fin de evitarlo es preprocesal, y tiene naturaleza de acto de jurisdicción voluntaria. Si la conciliación no termina con avenencia, las partes pueden acudir posteriormente a otros mecanismos de resolución de controversias heterocompositivos, como la jurisdicción o el arbitraje.

Cuando el juicio ya se ha iniciado y lo que se pretende es finalizarlo, entonces la conciliación es procesal, puesto que tiene lugar dentro del proceso y ante el juez competente que conoce del asunto principal. En este caso, si no prospera la conciliación, el órgano jurisdiccional resolverá como tercero imparcial el conflicto a través de la sentencia.

La conciliación preprocesal se regula en la LEC de 1881, en los artículos 460 a 480, en virtud de la Disposición Derogatoria, apartado 1.2ª, de la LEC actual (1/2000, de 7 de enero), con las modificaciones introducidas por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. Su finalidad es evitar el futuro proceso judicial o arbitral al resolverse el litigio entre las partes, y quedar sin objeto el futuro proceso. La conciliación preprocesal es facultativa. El auto del juez de paz o el decreto del secretario judicial en donde se recoge el acuerdo de las partes es título ejecutivo y puede documentar todo tipo de obligaciones.

La conciliación intraprocesal, está regulada por la LEC actual, en los artículos 415 y 428.2, para el juicio ordinario, y en el artículo 443.3 para el juicio verbal. Su finalidad es poner fin al proceso judicial iniciado, por el acuerdo al que llegan las partes ante el juez competente que había empezado a conocer del asunto, en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal. El auto del juez que contiene el acuerdo de conciliación es título ejecutivo y puede documentar todo tipo de obligaciones.

⁵ En otros ordenamientos se distingue entre conciliación judicial y conciliación extrajudicial. La **conciliación judicial**, es la actuación desarrollada en el transcurso de un procedimiento judicial dirigida a que las partes encuentren una solución al conflicto antes de que lo haga el órgano judicial.

La **conciliación extrajudicial**, puede ser definida como la actuación en la que participa un tercero ajeno al procedimiento judicial con el fin de que las partes alcancen un acuerdo, suele ser previa a la vía judicial, siendo en ocasiones un requisito necesario de la misma.

Francia, Alemania e Italia distinguen entre la conciliación extrajudicial y la judicial, Grecia, Austria o Suecia sólo admiten ésta última, a diferencia de Portugal, que sólo reconoce la de carácter extrajudicial

Red Judicial Europea.http://ec.europa.eu/civiljustice/adr_por_es.htm

2.3. *La Mediación*

La Mediación, actualmente, está regulada con carácter general, en el ámbito civil y mercantil, por Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

En este sistema de gestión de controversias voluntario, las partes en conflicto, con la ayuda de un tercero neutral (el mediador), resuelven sus diferencias alcanzando por sí mismas un acuerdo. El mediador actuará como canal de comunicación, creando un espacio de diálogo necesario para que las partes puedan expresar su versión de la situación, fijar los puntos del conflicto, expresar sus opiniones y puntos de vista, sus intereses y necesidades, de modo que entre ellas se vayan acercando las posiciones para llegar a un acuerdo.

La Ley se centra en la idea de solución de conflictos por auto composición, y en la neutralidad del mediador, por lo que el mediador no está obligado a realizar propuestas de acuerdos, aunque puede ser útil que los haga.

Por tanto, la mediación es un mecanismo que se utilizará cuando las partes por sí mismas a través de la negociación no son capaces de llegar a un acuerdo. Proporciona un proceso, que con la intervención del mediador, conduce a las partes a comunicarse de forma constructiva y a colaborar entre ellas para resolver su conflicto. Ahora bien, el mediador, no impone la resolución (como en la jurisdicción o el arbitraje), su función es única y exclusivamente de ayuda y colaboración con las partes, para que éstas resuelvan sus diferencias, a través de una solución dialogada y negociada.

Para lograr el acuerdo de las partes, el mediador puede utilizar medidas persuasivas, integradoras e incluso disuasorias, con el fin de acercar las posturas de ambas, y propiciar un acuerdo que en ningún caso será impuesto por el mediador, sino aprobado por los propios interesados. Por tanto, el mediador trata de superar las situaciones de bloqueo con técnicas que se toman generalmente del campo de la psicología, de la diplomacia, o de la comunicación.

Por otro lado, el mediador en el ejercicio de su función, no necesita ceñirse únicamente a los aspectos legales del conflicto, sino que puede tener en cuenta preferentemente los intereses latentes de cada parte, cuando la materia objeto de litigio está regida por normas dispositivas, con lo que amplía las posibilidades de encontrar una solución pactada. Ahora bien, el pacto, no puede ser contrario a una norma imperativa, o prohibitiva, porque lo convenido será nulo (art. 6.3 CC). En este sentido, la ley de mediación establece que el pacto no puede ser contrario a derecho (art. 25.2 Ley 5/2012, de Mediación (en adelante LM)).

La mediación puede funcionar como sistema alternativo a la jurisdicción o arbitraje; o como sistema para poner fin a la jurisdicción o al arbitraje ya iniciado. Incluso cabe mediación en fase de ejecución, al estar regida esta fase procesal por el principio dispositivo, igual que la fase declarativa, por lo que las partes pueden llegar a acuerdos para evitar que se inicie la ejecución forzosa o se ponga fin a la misma⁶.

La actual ley 5/2012, de mediación, no considera preceptiva la mediación en ningún caso, siempre será potestativa cuando se trate de derechos disponibles civiles o mercantiles, a diferencia del proyecto de ley de mediación de 29 de abril de 2011, que preveía una mediación preceptiva para las reclamaciones de cantidad de hasta 6000 euros.

Lo convenido en conciliación puede ser título ejecutivo, si las partes lo elevan a escritura pública ante notario, siempre que cumpla los requisitos exigidos en la ley de mediación (ley 5/2012), y su contenido no sea contrario a derecho (art. 25 Ley de mediación 5/2012). Este título ejecutivo puede documentar todo tipo de obligaciones.

III. LOS SISTEMAS HETEROCOMPOSITIVOS: DIFERENCIAS ENTRE ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN

Los sistemas heterocompositivos, se caracterizan porque una persona individual (juez o árbitro), o colegiada (tribunal o colegio arbitral), e imparcial, va a resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de una resolución con efecto de cosa juzgada (sentencia o laudo). Por tanto, son sistemas heterocompositivos tanto el arbitraje como la jurisdicción. En ellos, el tercero imparcial, actúa supra partes, imponiendo su decisión.

3.1. El arbitraje

En el arbitraje, la solución del conflicto se deja en manos de una o varias personas (árbitros) que pueden ser elegidas directamente por las partes, o en su defecto, por el juez (arbitraje ad-hoc), o designadas por la institución que administra el arbitraje institucional al que se han sometido las partes).

⁶ A la transacción homologada judicialmente, se puede oponer, entre otras excepciones, la transacción en documento público, como expresamente prevé el número 1 del artículo 556 LEC (aunque no suspenda el curso de la ejecución: 556.2 LEC). Finalmente, la transacción que conste en documento público permite formular oposición a cualquier ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales con suspensión (artículo 557.1 y 2 LEC).

El árbitro, impone la solución privada del conflicto, en virtud de un convenio suscrito por los interesados en el que acuerdan, para determinadas materias, someterse a arbitraje, de modo que aplicando el derecho o la equidad (según el pacto de las partes), el árbitro va a declarar lo justo para el caso concreto, dictando un laudo. Sin embargo, el árbitro no tiene potestad ejecutiva, y solo tiene potestad cautelar declarativa.

Por tanto, no puede haber arbitraje si no hay un acuerdo previo de las partes para someterse a este sistema heterocompositivo. La característica principal y definitoria del arbitraje es su naturaleza convencional. Las partes son libres para someterse a este sistema de resolución de controversias, y lo pactarán voluntariamente, cuando lo consideren más conveniente a sus intereses particulares, en cuyo caso, sustituirán la justicia pública por la privada.

En el arbitraje las partes otorgan al árbitro la potestad para resolver su litigio en el marco de las normas que ellas mismas establecen en el convenio arbitral (art. 34 LA). Por tanto, el convenio arbitral fija el ámbito y las condiciones para resolver el conflicto y legitima al árbitro en el ejercicio de su función declarativa, que concluye cuando dicta el laudo. Como el árbitro no tiene potestad ejecutiva, para la ejecución forzosa hay que acudir a la jurisdicción (art. 44 LA). El árbitro puede acordar medidas cautelares declarativas pero no ejecutivas, para éstas necesita el apoyo de la jurisdicción.

El proceso arbitral es de instancia única, no caben recursos. El laudo, una vez emitido es firme. No obstante, frente a él cabe la acción de anulación (que es un control externo de las garantías procesales). El árbitro puede resolver el conflicto planteado aplicando el derecho o la equidad, si así lo deciden las partes en el convenio arbitral.

El procedimiento arbitral lo pueden fijar libremente las partes, siempre que respeten los principios de igualdad, audiencia y contradicción (artículos 24 y 25 LA). Este procedimiento está regido por el principio de confidencialidad. Ahora bien, solo se puede pactar el sometimiento a arbitraje si la materia es de libre disposición. La jurisdicción puede resolver todo tipo de conflictos, tanto si la materia sobre la que versa el litigio es disponible como si no lo es.

3.2. *La jurisdicción*

En la jurisdicción, es el Estado el que asume la función de decidir la controversia a través de los jueces y magistrados que integran el Poder Judicial, que por medio del proceso, y de modo irrevocable, resuelven el conflicto conforme a derecho.

Para acudir a la jurisdicción, no hace falta que las partes pacten previamente este mecanismo de resolución de conflictos, pues es un derecho de los ciudadanos. La jurisdicción se fundamenta en la potestad jurisdiccional atribuida por la Constitución a los titulares de los órganos jurisdiccionales (jueces y tribunales) (art. 117 CE), por lo que no necesitan ningún tipo de convenio previo. Por otro lado, la función jurisdiccional incluye la potestad declarativa, ejecutiva, y cautelar.

En el proceso jurisdiccional, en general, frente a la sentencia definitiva caben recursos ordinarios o extraordinarios (a diferencia del arbitraje que es de única instancia). Por otro lado, los procesos judiciales se sustanciarán conforme a las normas procesales, de naturaleza pública previstas en la Ley (arts. 1 y 2 LEC), y en él, el órgano jurisdiccional aplicará el derecho para la resolución del conflicto⁷. Además, la jurisdicción está regida con carácter general por el principio de publicidad.

La jurisdicción y el arbitraje tienen en común el efecto de cosa juzgada de la resolución firme que pone fin a los citados procesos. Por tanto, una vez resuelto el conflicto por cualquiera de estas vías, no se puede volver a plantear por ninguna otra.

IV. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La elección de cualquiera de los sistemas de resolución de conflictos anteriormente expuestos, solo es posible cuando los litigios son disponibles, por tratarse de derechos privados en los que las partes son dueñas de su propia controversia, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Por ello, son ellas quienes deben decidir la forma de resolverlo, pudiendo optar por una pluralidad de posibilidades. Si la materia en la que se genera el litigio es indisponible solo se puede acudir a la jurisdicción.

Optar por la vía jurisdiccional es un modo de disponer del derecho privado, como consecuencia del respeto a la autonomía de la voluntad en el ámbito de los derechos disponibles⁸, pero también lo es, utilizar cualquiera de los anteriormente mencionados sistemas de resolución de controversias.

⁷ Solo excepcionalmente, la ley permite que el juez resuelva algunas cuestiones en equidad (por ejemplo, en los juicios de propiedad horizontal, cuando resulte imposible el nombramiento de presidente de la comunidad, o para solicitar el relevo en el cargo de presidente de la comunidad) .

⁸ En este sentido, CALAMANDREI P. *Instituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1943, pp. 209 y 214.

Estos otros sistemas, no pretenden desplazar a la jurisdicción, ni tampoco convertirse en el único medio de solución de conflictos, sino ofrecer a los ciudadanos un abanico de posibilidades de pacificación social dependiendo de las características de cada controversia.

La justicia, que emana del pueblo, no solo se consigue a través de la función jurisdiccional (que corresponde en exclusiva a juzgados y tribunales (art. 117.3 CE), sino también por medio del arbitraje, la negociación, mediación o conciliación. Por tanto, estos otros mecanismos de resolución de controversias no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE, sino que forman parte de ella, porque tienen la misma finalidad de resolver conflictos entre particulares para obtener la paz social.

El principio de monopolio estatal de la jurisdicción que se deriva implícitamente del concepto de soberanía del artículo 1.2 CE, supone que solo el Estado puede ejercer la jurisdicción a través de sus jueces y magistrados.

Jurídicamente, estos sistemas se basan en la libertad individual y la autonomía de la persona para hacer valer sus propios intereses. Derechos reconocidos por nuestra Carta Magna⁹, al proclamar la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1CE), la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, como fundamentos del orden político (art. 10.1 CE), así como, el derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa (arts. 33 y 38CE).

Cuando por la autonomía de la voluntad, y tratándose de materias disponibles, el justiciable utiliza estos otros sistemas de resolución de controversias, también se está haciendo justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico conforme al artículo 1.1 CE.

Por ello, es posible pasar de un sistema de resolución de conflictos a otro. Iniciado el proceso judicial, es posible desistir bilateralmente, conforme al artículo 19 LEC, para someterse a arbitraje o mediación. En sentido inverso, pactado el sometimiento a arbitraje por convenio arbitral, el desistimiento del actor al no presentar su demanda en plazo, consentido por el demandado,

⁹ En la Constitución de Cádiz, en los artículos 280 a 284 se hacía una específica contemplación del arbitraje y de la conciliación. Respecto al primero, se proclamaba el derecho de todos los ciudadanos “de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”, y respecto a la segunda, se asignaba al alcalde de cada pueblo el oficio de conciliador; señalando que “el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto” y que “sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación, no se entablará pleito ninguno”.

y siempre que no se haya pactado lo contrario, provoca también la terminación del proceso sin resolver sobre el fondo (art. 31LA), lo que permitiría acudir a cualquier otro sistema de resolución de controversias incluida la jurisdicción.

Por otro lado, los sistemas autocompositivos y el arbitraje tienen conexiones de dependencia funcional con la jurisdicción, lo que evidencia que forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva a la que alude el artículo 24.1 CE.

V. LA JURISDICCIÓN Y LA CONEXIÓN FUNCIONAL CON LOS RESTANTES MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

La jurisdicción es la función del Estado llevada a cabo por los jueces y magistrados, que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de modo irrevocable, por medio del proceso. Por tanto, el ejercicio de la función jurisdiccional requiere, como instrumento esencial, un proceso a través del cual se aplique el derecho sustantivo al caso concreto, imponiendo la resolución adoptada de manera irrevocable. .

Conforme al artículo 117.3 CE, la jurisdicción está integrada por dos subfunciones: la función de juzgar, y la de ejecutar lo juzgado. La primera, tiene lugar a través del proceso de declaración. Es en ésta primera función, cuando el órgano jurisdiccional, además de tutelar el derecho objetivo, resolviendo las pretensiones de las partes, lo integra¹⁰.

La función de ejecutar lo juzgado, se caracteriza porque el órgano jurisdiccional, haciendo uso de su potestad coercitiva, sustituye la voluntad del obligado en el título ejecutivo, para ejecutar lo dispuesto en aquél.

Ahora bien, en el proceso civil, no siempre tras el proceso declarativo hay proceso de ejecución. Esto ocurrirá cuando haya cumplimiento voluntario de lo ordenado en la sentencia firme, que excluye como es lógico, la ejecución forzosa, y en las tutelas mero declarativas o constitutivas, que no necesitan

¹⁰ “Nos estamos refiriendo a la labor creadora del Derecho que corresponde a los jueces y magistrados a través de la jurisprudencia. Si bien el artículo 1º CC no reconoce como fuente del Derecho a la jurisprudencia, si indica que complementará al ordenamiento, y el artículo 3º CC consagra la posibilidad de que el juez, al aplicar las normas, pueda tener en cuenta la realidad social del momento en que han de ser aplicadas. Por tanto, entendemos que junto a la labor de tutela y aplicación del derecho objetivo al caso concreto, hay que sumarle la integración del derecho objetivo”, ROBLES GARZÓN, J. A., *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Tectnos, Madrid 2010, p. 64

ejecución forzosa, porque quedan satisfechas con la mera declaración y el acceso a registros públicos (art. 521.1 LEC).

Por otro lado, no siempre la ejecución tiene que ir precedida de proceso declarativo. Hay títulos ejecutivos judiciales (que homologan transacciones, o que recogen conciliaciones o mediaciones), o extrajudiciales (como la escritura pública), que sin proceso declarativo previo, permiten la ejecución forzosa si no hay cumplimiento voluntario.

Junto con la tutela declarativa y ejecutiva, hay que incluir la tutela cautelar, que está subordinada a las otras tutelas principales, y que por tanto es instrumental, manifestada a través de las medidas cautelares o de aseguramiento que se pueden adoptar para asegurar la posible ejecución forzosa y para garantizar la eficacia de la sentencia futura. No está prevista expresamente en el artículo 117.3 CE, aunque queda incluida implícitamente. Sin embargo, se prevé de forma expresa el artículo 5º LEC, como el tercer tipo de tutela jurisdiccional. Por tanto, los jueces y magistrados para impartir justicia pueden juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, así como adoptar medidas cautelares.

El arbitraje y los mecanismos autocompositivos de resolución de controversias están pensados únicamente para resolver el conflicto en fase declarativa, pero necesitarán ser complementados por la jurisdicción para la ejecución forzosa, y la adopción de medias cautelares ejecutivas, además de otro tipo de colaboración, respecto al nombramiento de árbitros, prueba, acción de anulación, exequátur, etc.

Por lo anterior, se podría decir que el arbitraje, la mediación y la conciliación, más que sistemas alternativos a la jurisdicción, son sistemas complementarios a la misma. Como consecuencia de ello, en otros ordenamientos dejan de llamarse ADR, como alternativas a la jurisdicción, para considerarse *adequated dispute resolution*, aunque las siglas coincidan (ADR.).

No obstante, si partimos de los principios constitucionales de libertad y de autonomía de la voluntad, y tenemos en cuenta que la justicia no se consigue en exclusiva por la jurisdicción, sino a través de estos otros mecanismos de solución de controversias, podemos considerar estos métodos de solución de conflictos como mecanismos autónomos de pacificación social, y por tanto, como sistemas independientes de acceso a la justicia.

Por lo anterior, para Andrés Ciurana¹¹, la relación entre sistema judicial y sistema no jurisdiccional no debe ser de “dependencia” sino de “autonomía

¹¹ En este sentido, “La mediación civil y mercantil una asignatura pendiente en España (a propósito de la propuesta de directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12 (2005).

funcional”. Debemos tener en cuenta, que los mecanismos autocompositivos no impiden, en caso de no prosperar, la utilización de mecanismos heterocompositivos como el arbitraje o la jurisdicción.

Sin embargo, si se utiliza el arbitraje, y se ha dictado un laudo resolviendo la cuestión litigiosa, no se puede acudir posteriormente a la jurisdicción, o viceversa, porque tanto el laudo como la sentencia, tienen efectos de cosa juzgada. No obstante, cabe el desistimiento bilateral, iniciado el proceso judicial o arbitral, para ponerles fin (sin resolver el conflicto por laudo o sentencia), como acto de disposición de las partes, que permitiría acudir a otro sistema de resolución de controversias. Por otro lado, hay materias que no son disponibles y deben ser resueltas siempre por la jurisdicción

VI. LA DISPONIBILIDAD DEL ASUNTO CIVIL Y MERCANTIL POR LAS PARTES

La disponibilidad del asunto se fundamenta en la naturaleza privada del derecho subjetivo, en la titularidad particular del mismo, en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos, y en definitiva en la libertad¹².

Si las partes tienen el dominio absoluto sobre el derecho material, debido a su naturaleza dispositiva, como consecuencia del derecho de propiedad reconocido en el artículo 33 de la CE, deben igualmente tener el dominio completo sobre los derechos procesales que comporta el proceso, en el sentido de que son libres de ejercerlos o no.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), reconoce expresamente el poder de disposición de las partes sobre el proceso, al establecer que “los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje, y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero” (art. 19.1 LEC, modificado por Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles).

Teniendo en cuenta que la disponibilidad, coincide en general, con los derechos y facultades sobre los cuales es posible transigir (art.1814 CC), y que al margen de estas materias (estado civil de las personas, cuestiones

¹² En este sentido, MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, parte General*, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp. 346.

matrimoniales y alimentos futuro), existen otras, que no pueden ser transigibles por aplicación del art. 6.2 CC, cuando sean contrarias al interés o el orden público o perjudique a terceros, podemos concluir que, no son materias de libre disposición conforme a derecho, las siguientes¹³:

1. Las relativas al estado civil de las personas, como nacionalidad, capacidad, prodigalidad, filiación, paternidad y maternidad, matrimonio, menores, los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; y los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción. Sin embargo, se puede transigir respecto a las pretensiones de naturaleza patrimonial.

2. Todas aquellas en las que por razón de la materia o en representación y defensa de menores, incapacitados, o ausentes, intervenga el Ministerio Fiscal.

3. La relativa a alimentos futuros al no ser posible transigir sobre los mismos (artículos 1814 del Código Civil y 748, y 551.1 LEC). Respecto a los alimentos futuros, La jurisprudencia,¹⁴ ha venido admitiendo la posibilidad de transigir los alimentos que tengan un origen distinto de la ley. No cabe renunciar a reclamarlos en caso de necesidad (151 CC.). En todo caso, la prohibición se refiere únicamente a los alimentos futuros. Los devengados desde el momento del vencimiento, han entrado en el patrimonio del alimentista y por ello, puede transigir sobre ellos.

4. Las que no puedan ser objeto de contrato conforme al artículo 1271 CC.

5. Cuando el laudo arbitral, o el acuerdo al que lleguen las partes a través de una negociación, mediación o conciliación no afecte exclusivamente a las partes del convenio arbitral, o del proceso de mediación, negociación o conciliación, celebrado en el ámbito de la autonomía de la voluntad negociada (artículo 1255 CC), sino a terceros, o al interés o al orden público (art. 6.2 CC)".

Por tanto, las partes pueden disponer¹⁵ de todo aquello que tenga que ver con su exclusivo interés, pudiendo renunciar, transigir, desistir, salvo en las materias a las que se refiere el artículo 1814 CC, o que afecten al interés público, o a tercero (art. 6.2 CC).

¹³ En este sentido, AP de Madrid, Sección 10ª, Auto de 16 de octubre de 2007, *LA LEY*, 252702 (2007), que cita a su vez una Sentencia de 17 de mayo de 2005 de la AP de Vizcaya.

¹⁴ SSTs 10 de noviembre de 1948, 2 de marzo de 1967, 14 de febrero de 1976 y 25 de noviembre de 1985.

¹⁵ En este sentido, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia de 9 de febrero, *LA LEY*, 50894 (2010).

Las cuestiones que trasciendan el interés particular, por afectar a terceros o al interés público serán indisponibles.

El “orden público”, o “interés público”, como concepto delimitador de la disponibilidad, se ha ido fijando por la doctrina y jurisprudencia, con tres posibles interpretaciones¹⁶.

Una primera interpretación estricta o restringida de orden público, considera que con arreglo a la nueva orientación contenida en la Sentencia del TC de 15 de abril de 1986, el orden público se vería vulnerado si se infringen los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles a través, fundamentalmente, del artículo 24 de la CE. Siguiendo este primer criterio interpretativo se podría indicar que la vulneración del orden público se produciría a través de las siguientes vías siguiendo a Cabanillas Sánchez¹⁷.

- “La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, cuando se pueda producir indefensión.
- Vulneración de un tribunal o árbitro ordinario (entendido como el designado competente por las partes).
- Cuando se haya vulnerado el derecho de acceso a la jurisdicción, y en el convenio se contenga algún tipo de cláusula que impida a las partes acceder a la vía de la anulación del laudo”.

Una segunda interpretación más amplia que la anterior, que podríamos considerar intermedia, y que es la mayoritaria, distingue entre orden público material y procesal¹⁸.

El orden público material, siguiendo las sentencias del TS de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979, incluye “los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada”.

¹⁶ Vid. En este sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje I*, Bosch, Barcelona 2004, pp. 10009 y ss.

¹⁷ En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ A., “La revisión de la aplicación de las normas en el arbitraje de derecho o del pronunciamiento de los árbitros en el arbitraje de equidad”, en BERCOVITZ-CANO R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Tectnos, Madrid 1991, p. 728; cita a su vez a Lorca Navarrete.

¹⁸ Esta interpretación es seguida entre otras, por la AP de Madrid, sección 11ª, en su sentencia de 22 de junio de 2009, *LA LEY*, 128643 (2009) que sigue a su vez la doctrina sentada en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 12ª, de 17 de junio de 2008.

Estos principios, como indica la jurisprudencia¹⁹ “son informadores de las instituciones jurídicas y esencialmente coincidentes con los principios generales del derecho, y por extensión, de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I CE”. Por tanto, la infracción del orden público material incluye la vulneración de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 11 a 38 de la CE, que en virtud del artículo 53 de la CE, tienen aplicación directa.

En el ámbito del Derecho civil, los principios que integran el orden público material, como indica O’Callaghan²⁰ son los siguientes: el “principio de igualdad (art. 14); la protección del derecho a la vida e integridad física (art. 15); libertad (Arts. 16 y 17); honor, intimidad e imagen (art. 18); los derechos de reunión (art. 21); asociación (art. 22) y fundación de interés público (art. 34); el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24). Además, son de aplicación directa las normas de la CE sobre mayoría de edad (Art. 12)”. Por tanto, a través de la infracción del ordenamiento jurídico material no se puede alegar cualquier infracción del ordenamiento jurídico material, sino únicamente las anteriormente expuestas.

Por otro lado, el orden público procesal, estaría integrado por los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal recogidos en el artículo 24 CE²¹. Por último, existe una tercera interpretación, minoritaria en la actualidad, por ser excesivamente amplia e indeterminada que comprende la totalidad del ordenamiento jurídico constitucional, legal, e incluso principios morales o económicos²².

En resumen, el orden público lo constituye, siguiendo a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico tanto en su aspecto material como procesal, los cuales, a su vez, son

¹⁹ AP de Madrid, Sección 14ª, ST de 3 de febrero de 2009, *LA LEY*, 44919 (2009), en su F. J. octavo, que recoge la doctrina sentada por la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª, de 5 de junio de 2007, haciéndose eco de las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1995, 26 de septiembre de 2006 y 7 de julio de 2006

²⁰ O’CALLAGHAN X., *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1997, p. 101

²¹ No obstante, como indica la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 5ª, en su sentencia de 28 de enero de 2008, *LA LEY*, 74666 (2008), “tras analizar la aplicabilidad del artículo 24 CE al arbitraje, resulta que la mayor parte de los derechos reconocidos en este precepto son de muy difícil aplicación arbitral, y, además, aquellos que mejor se adecuan al arbitraje pueden ser denunciados al amparo del art. 41.1 b). Por tanto, son constitutivas del orden público procesal las violaciones del derecho de defensa constitucionalmente relevante y del derecho a un proceso con todas las garantías en cuanto recoge el derecho a la imparcialidad del árbitro”.

²² En este sentido GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 32 (2009) 76.

consecuencia y, manifestación de los principios que constituyen la esencia misma de la sociedad, que actualmente están contenidos en la Constitución en el Capítulo II, Título I, relativos a los derechos y libertades fundamentales.

De la exposición anterior se deduce que no son equivalentes los conceptos de orden público y norma imperativa. Este criterio es el establecido por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 26 de abril de 1995, 26 de septiembre de 2006 y 7 de julio de 2006, en donde el citado Tribunal indica que “el concepto de orden público no es exactamente coincidente con el de norma imperativa, especialmente por cuanto muchas normas imperativas no se refieren ni a la organización de la comunidad ni a sus principios fundamentales y rectores, y porque en determinadas materias comprendidas dentro del ámbito señalado no se requiere un carácter imperativo expreso para que queden sustraídas a la disponibilidad de los particulares²³”.

El concepto de orden público en nuestro derecho, no coincide con el que impera en derecho comparado, que se sitúa en la infracción de las normas imperativas. En nuestro sistema legal, la vulneración de la infracción del orden público, consiste en la transgresión de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución²⁴.

Por tanto, el carácter imperativo de la norma no la hace indisponible, para la elección del sistema de resolución de conflictos que quieran utilizar las partes²⁵ (autocompositivo o heterocompositivo²⁶), salvo que afecte a terceros que no hayan intervenido en el convenio arbitral, en la conciliación, en la negociación, en la mediación, o afecte al orden público en el sentido anteriormente expuesto. .

En este sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 marzo 1985 (RJ 1985, 1193), (en relación con el arbitraje), ha considerado que, el carácter imperativo de las normas no impide el arbitraje (o los restantes sistemas no

²³ Este criterio es seguido también por la AP de Madrid, sección 14ª, ST de 3 de febrero de 2009 (LA LEY 44919/2009), en su F. J. octavo, que recoge la doctrina sentada por la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4ª, de 5 de junio de 2007, que a su vez asume lo dispuesto en las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1995, 26 de septiembre de 2006 y 7 de julio de 2006. También la AP de Madrid, Sección 12ª, ST 25 noviembre 2008, LA LEY, 307358 (2008).

²⁴ En este sentido, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia de 9 Febrero, LA LEY, 45187 (2012).

²⁵ No obstante, hay tribunales que consideran que si la materia está regulada por normas imperativas sí cabe el arbitraje de derecho pero no el de equidad, en este sentido AP de Madrid, Sección 21, Auto 22 de enero 2008, LA LEY, 5899 (2008).

²⁶ En este sentido, entre otros, AP de Madrid, Sección 10ª, Auto de 16 de octubre de 2007, LA LEY, 252702 (2007).

jurisdiccionales de resolución de controversias) siempre que la materia sea de libre disposición, y no contravenga el orden público, ni perjudique a terceros , porque lo contrario sería “confundir el carácter de las normas jurídicas con el ejercicio de los derechos privados -no públicos- de los que puede disponerse, incluso en el grado máximo de disposición que implica la renuncia”.

VII. NORMA IMPERATIVA, Y RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO POR ARBITRAJE, NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN

El carácter imperativo de las normas no impide la elección de otro sistema alternativo a la jurisdicción, sin embargo, podemos plantearnos, si la regulación de la materia objeto de litigio por normas imperativas, afecta a la forma de resolución del conflicto entre las partes especialmente en el arbitraje.

El arbitraje puede ser de derecho y de equidad. Si es de equidad, el árbitro no tiene que aplicar necesariamente la norma imperativa, sino su leal saber y entender al caso concreto, lo que parece contradecir lo dispuesto en el artículo 6.2 CC. Sin embargo, existen razones fundadas, que vamos a exponer a continuación, para admitir esta forma de arbitraje para materias regidas por normas imperativas²⁷.

Una de esas razones es la regulación del sistema arbitral de consumo, por RD 231/2008, de 15 de febrero, que se utiliza para tutelar los derechos reconocidos legalmente al consumidor y tienen esencialmente carácter imperativo, y sin embargo, el citado RD, opta por el arbitraje de equidad, salvo que las partes elijan expresamente el de derecho (art. 33.1 RDAC).

En la misma línea, el legislador, en la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, prevé la posibilidad de someter los conflictos intrasocietarios a arbitraje tanto de derecho como de equidad. Por tanto, aunque estos litigios están regulados por normas imperativas, la ley, no limita su resolución a un arbitraje de derecho, sino que permite cualquier tipo de arbitraje.

Por otro lado, no existe en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, ninguna distinción sobre el ámbito del arbitraje dependiendo de la modalidad de que se trate (arbitraje o equidad), por lo que el arbitraje de equidad, tiene las mismas limitaciones que el de derecho, que consisten en “la indisponibilidad de las materias”, no en el carácter imperativo de las normas que tutelan la materia objeto de litigio.

²⁷ En este sentido, vid. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia de 9 Marzo, *LA LEY*, 62530 (2012).

Además la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reconocido el arbitraje de equidad para cuestiones reguladas por normas imperativas²⁸. Lo que limita al arbitraje tanto de derecho como de equidad, así como al resto de los sistemas de resolución de controversias autocompositivos es el perjuicio a terceros, y el interés general o el orden público, en tanto en cuanto, limita la autonomía de la voluntad de las partes en atención a intereses generales, impidiendo la disponibilidad del asunto (art. 6.2 C).

Sin embargo, la anterior interpretación no es unánime. Hay tribunales que consideran que cuando la norma es imperativa, cabe el arbitraje como fórmula de resolución de controversias, siempre que sea de derecho, pero no cabe el arbitraje de equidad. Esta controvertida cuestión se ha planteado entre otros órganos, en el seno de la Audiencia Provincial de Madrid, en relación con ejecuciones de laudos arbitrales dictados en materia de arrendamientos de viviendas.

Como indica la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, en su Auto de 2 Noviembre de 2011²⁹, varias secciones de la Audiencia provincial de Madrid, consideran que ante la regulación imperativa de una materia, cabe el arbitraje de derecho, pero no de equidad. Otras secciones de la citada Audiencia, mantienen el criterio expuesto anteriormente, es decir, la validez del laudo tanto si es de derecho como de equidad, y la posibilidad procesal de su ejecución forzosa.

En la jurisdicción, la equidad, conforme al artículo 3.2 CC, “habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”. De la anterior definición legal se deducen dos consecuencias³⁰: La primera, que la equidad debe adecuar la norma al caso particular conforme al leal saber y entender del juez. La segunda, que sólo se aplicará directamente la equidad al caso concreto por el juez si la norma jurídica que disciplina el derecho material se remite a la equidad.

Como indica O’Callaghan³¹, el concepto que tradicionalmente se ha dado a la equidad conforme al artículo 3.2 citado, es “la adecuación -movida por

²⁸ En este sentido, la STS 18 abril 1998, en la que se consideró arbitrable la impugnación de Juntas y acuerdos sociales, y en el convenio arbitral estatutario había previsto un arbitraje de equidad. En el mismo sentido, la STS 30 mayo 1987.

²⁹ LA LEY, 240293 (2011).

³⁰ En este sentido, O’CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1997, p. 188.

³¹ *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1997, p187

la benignidad- de la norma general a las particularidades del caso concreto al que ha de aplicarse”, adecuación que debe realizar el juez en el ámbito jurisdiccional conforme a su leal saber y entender.

Sin embargo, en el ámbito arbitral, el artículo 34.1 LA, establece que “los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello”, por lo que en el arbitraje se concede eficacia a la autonomía de la voluntad para autorizar lo que el artículo 3.2 en el ámbito jurisdiccional permite realizar solo a la ley sustantiva³².

Por tanto, si las partes pactan en el convenio, un arbitraje de equidad, el árbitro resolverá el conflicto por laudo, ponderando los intereses en juego, del modo que le parezca más justo, aunque la materia esté regulada por normas imperativas.

El laudo arbitral tiene efectos de cosa juzgada y es firme desde su emisión, por ser un sistema de resolución de conflictos de instancia única. Frente al laudo arbitral firme, solo cabe la acción de anulación, que es una acción impugnativa que no sirve para analizar en ningún caso el fondo del asunto, que ya está resuelto y es intocable.

Por tanto, la aplicación incorrecta o inaplicación de la ley, en un arbitraje de derecho, o la injusticia de un laudo en un arbitraje de equidad, porque se ha aplicado mal o no se ha aplicado una ley imperativa, no se pueden solventar por la vía de la acción de anulación. Solo se podrá impugnar el laudo, por los motivos tasados del artículo 41 LA, entre los que no se encuentra, la revisión de fondo de la decisión arbitral.

En la mediación, conciliación y negociación como sistemas autocompositivos, regidos por la autonomía de la voluntad, y por el carácter disponible del derecho, las partes también pueden tener en cuenta sus intereses particulares con preferencia a la ley siempre que la regulación de la materia objeto de conflicto sea disponible, no contravenga el orden público, ni perjudique a terceros.

Ahora bien, han de observar las normas imperativas que regulen la materia objeto de conflicto, porque el acuerdo, no tendrá en ningún caso efecto de cosa juzgada, aunque pueda ser título ejecutivo, y el contrato de transacción podrá ser impugnado ejercitando la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 23.4 LM).

³² En este sentido, GALLEGO SÁNCHEZ, E. “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 36 (2009) 74-75.

En la ley de mediación 5/2012, de 6 de julio, el legislador ha querido asimilar la mediación, si se eleva a escritura pública, a la conciliación, y no al arbitraje. Por tanto, lo convenido en mediación, o conciliación, es una transacción, aunque constituya un título ejecutivo (en la conciliación) o pueda constituirlo (en la mediación si se eleva a escritura pública). Por tanto, no tiene efecto de cosa juzgada, aunque puede documentar todo tipo de obligaciones.

En el proyecto de ley de mediación de 29 de abril de 2011, la mediación se asimiló al arbitraje, de modo que lo convenido por este sistema autocompositivo tenía el efecto de cosa juzgada, y frente al laudo arbitral solo cabía acción de anulación.