

Artículos Originales

Sistemas de solución de conflictos y arbitraje

Dispute solution and arbitration systems

Información

Fechas:

Recibido: 21/09/2022

Aceptado: 18/11/2022

Publicado: 31/12/2022

Correspondencia:

Antonio José Vélez Toro
velez@ugr.es

Conflicto de intereses:

En esta publicación no se presentó
ningún conflicto de interés.

Financiación:

Ninguna.

Autorías

Antonio José Vélez Toro¹  0000-0001-6759-4446

¹Universidad de Granada, España.

Cómo citar este trabajo

Vélez Toro, A. J.. (2022). Sistemas de solución de conflictos y arbitraje. *Revista de Cultura de Paz*, 6,238–255.
<https://doi.org/10.58508/cultpaz.v6.149>

RESUMEN

El presente trabajo se dirige a reflexionar sobre los sistemas de resolución de conflictos desde la ciencia del derecho procesal. A partir de los diversos estudios jurídico-procesales procuramos situar y aproximarnos a la institución arbitral como medio heterónomo de resolución de conflictos, especialmente en relación al proceso debido y sus garantías. Así mismo, procuramos analizar críticamente la concepción y límites del arbitraje, desde los parámetros de la Doctrina del Tribunal Constitucional español.

Palabras clave: Solución de conflictos, autotutela, autocomposición, heterocomposición, arbitraje.

ABSTRACT

This paper is aimed at reflecting on conflict resolution systems from the science of procedural law. From the various legal-procedural studies we try to situate and approach the arbitration institution as a heteronomous means of conflict resolution, especially in relation to due process and its guarantees. Likewise, we try to critically analyze the conception and limits of arbitration, from the parameters of the Doctrine of the Spanish Constitutional Court

Key Words: Conflict resolution, Self-tutelage, Self-composition, Hetero-composition, Arbitration.

Aproximación a la definición de conflicto jurídico

Lo primero que debemos determinar es que el conflicto sea jurídico, que sea real; es decir, que el conflicto se exteriorice en la realidad, lo que equivale a decir que estamos ante una discrepancia o enfrentamiento entre dos o más partes, y que sea real, no moral.

En segundo lugar, para que ese conflicto real pueda calificarse de “jurídico” habrá de preguntarse si rige un sometimiento al derecho, o lo que es lo mismo, que dicho conflicto real acontezca en un Estado de derecho. Así, en un conflicto militar no rige una legalidad superior a ambos contendientes, ya que las instancias supra-nacionales carecen de la fuerza necesaria para imponerse sobre los contendientes. Algo que también sucede en los llamados “Estados fallidos”, que no son capaces de imponer el derecho, de modo que cada grupo de fuerza impone o gestiona sus intereses en conflicto de modo unilateral.

De este modo, tal y como veremos, surge la autotutela como medio unilateral de resolución de conflictos, basado en la imposición de una parte sobre otra.

En cualquier caso, hemos de tener en cuenta que la noción de conflicto no es unívoca tal y como indica Julen Freud (1995, p. 58). Siguiendo al referido autor “El conflicto consiste en un enfrentamiento por choque intencionado, entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan, los unos respecto a los otros, una intención hostil, en general a propósito de un derecho, y que, para mantener, afirmar o restablecer el derecho, tratan de romper la resistencia del otro eventualmente por el recurso a la violencia, la que puede, llegado el caso, tender al aniquilamiento físico del otro (Freud, 1995, p. 58).

Por su parte, Ruiz Jiménez define el conflicto como, “aquellas situaciones de disputa o divergencia, en las que existe una contraposición de intereses, necesidades, sentimientos, objetivos, conductas, percepciones, valores y/o afectos entre individuos o grupos que definen sus metas como mutuamente incompatibles” (Ruiz Jiménez, 2004, p. 149). Dicha definición la completa indicando que, “El conflicto es algo consustancial e ineludible en la naturaleza humana, y puede existir o no, una expresión violenta de las incompatibilidades sociales que genera” (Ruiz Jiménez, 2004, p. 149).

El *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* (RAE) define el conflicto, a partir del latín *conflictus* (choque), como “combate, lucha, pelea”, aunque también, “enfrentamiento armado”, “problema, cuestión, materia de discusión”, que en realidad señala al contenido u objeto del conflicto.

El conflicto, por tanto, nos remite a una pugna u oposición entre dos o más partes.

Carretero Morales define el conflicto como “un proceso relacional entre dos o más personas, en el que se producen relaciones de carácter contencioso o antagónico, que generan competencia por la obtención de unos recursos u objetivos que se perciben como incompatibles” (Carretero Morales, 2016, p. 21).

Sistemas de solución de conflictos

Hablar de solución de conflictos es hablar, además del proceso jurisdiccional, de los llamados medios alternativos de solución de conflictos, conocidos por las siglas ADR (*Alternative Dispute Resolution*), que apuntan a la conciliación y el arbitraje, a los que se ha incorporado recientemente la mediación,¹ sin embargo, conviene realizar desde la ciencia del derecho procesal las aclaraciones que siguen.

La autotutela

El primer medio de solución conflictual es denominado autotutela o “auto-defensa”, y consiste en la imposición de una parte sobre la otra. La autotutela, como instrumento para solventar las diferencias, hay que situarla en el pre-derecho,² debido a que dicho modo de proceder resulta incompatible con el orden social y jurídico. De modo que la autotutela resulta incompatible con la existencia del propio Estado como articulación del orden y convivencia social, ya que la autotutela no puede garantizar una solución justa (Gómez Colomer, 2019, p. 38).

El Estado para desterrar la violencia y la venganza entre particulares, lleva la autotutela a la esfera penal, tipificando en los códigos penales el uso de la violencia. Actualmente, podemos aludir al delito de realización arbitraria del propio derecho. Así, el art. 455 del Código Penal español indica lo siguiente:

“El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses”.

Añadiendo dicho precepto que se impondrá la pena superior en grado, si para la intimidación o violencia, se hiciera uso de armas u objetos peligrosos.

No obstante, y aunque en el Estado contemporáneo rija la proscripción de la autotutela, no podemos ignorar la pervivencia de la misma a través del llamado “derecho de legítima defensa”, que actualmente está configurado como una “eximente” en los códigos penales.

La autotutela, concebida como empleo particular de violencia para la resolución de conflictos, es incompatible con la convivencia social. La resolución unilateral de conflictos basada en la posición de fuerza de las personas o de

¹ Para la gestión de los conflictos, véase, Jiménez Bautista, 2019, pp. 43-69.

² Sobre el pre-derecho, véase, Gernet, 1980, pp. 153-226.

los grupos -que pueden desplegar la violencia directa, o la simple amenaza fundada o real de su empleo- equivale al “derecho del más fuerte”, lo que resulta contradictorio con el sentido más elemental de convivencia en una sociedad dada.

No obstante lo anterior, hemos de precisar que el asunto puede resultar más complejo en las actuales sociedades en las que pueden coexistir grupos étnicos y/o religiosos, que viven al margen del Estado, con sus ordenamientos jurídicos ancestrales en los que se despliegan sistemas de justicia propios de la autotutela propios de su orden social, entre los que estarían desde las coacciones directas e indirectas, para que las mujeres del grupo cumplan las costumbres -como es el caso de cubrirse la cabeza, hasta las ablaciones, o los llamados “crímenes de honor”-, el ajusticiamiento del que ha cometido un crimen previo, la expulsión del territorio del responsable de un ilícito y de toda su familia, etc. En cualquier caso, estos actos puntuales de autotutela, no pueden ser jamás asimilados por el Estado de derecho, de modo que deben ser perseguidos penalmente, sin que quepa hablar de tolerancia multicultural, hacía prácticas que menoscaban la dignidad de las personas.

En igual sentido, hemos de considerar los fenómenos “mafiosos” entre grupos que tradicionalmente se han sustraído al poder del Estado, como a veces ocurre en determinadas áreas con mayor aislamiento geográfico y social del resto del país. En tales casos, la sociedad debe ser regida por el Estado de derecho, sin que pueda existir ni coexistir espacio alguno para prácticas ilegales con sus reglas propias, que comportan fenómenos de autotutela para mantener dichas prácticas ilegales, y el poder de quienes las rigen.

La autocomposición

Esta categoría se caracteriza por resolver el conflicto las propias partes directamente, sin imposición de ninguna de las partes ni de terceros (cual es el caso del proceso y del arbitraje, como veremos más adelante). Así pues, son las propias partes las que a través de la negociación llegan a acuerdos para solventar sus diferencias. La autocomposición del conflicto por las propias partes finaliza mediante transacción. La transacción puede darse a través de la conciliación y la mediación.

No obstante, diversos autores incluyen en la autocomposición el allanamiento, el desistimiento y la renuncia (Alcalá-Zamora y Castillo, 2019, pp. 77-105; Gómez Colomer, 2019, pp. 38-39.).

La transacción puede definirse como el contrato por el cual las partes, mediante concesiones recíprocas, ponen fin a la incertidumbre sobre la existencia, contenido o extensión de una relación jurídica (Castán Tobeñas, 1993, p. 819). El art. 1809 del Código Civil español -siguiendo al *Codice Civile* italiano de 1865- define la transacción en los siguientes términos:

“La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”.

Desde el punto sustantivo o material, toda transacción comporta 1º la existencia de una relación jurídica incierta o dudosa, 2º la intencionalidad de los contratantes de sustituir la relación dudosa, por otra cierta e incontestable y 3º una recíproca concesión de las partes (Ogayar Ayllón, 1983, pp. 3-4).

La transacción se puede articular a través de la conciliación o de un acuerdo de mediación.

Tanto en la conciliación pre-procesal, como en la mediación, son las partes las que concluyen mediante acuerdo, concurriendo un tercero, conciliador o mediador, que en ningún caso puede imponer la solución del conflicto. En la conciliación, el conciliador se limita a documentar y certificar el acta de conciliación, exista o no acuerdo, mientras que en la mediación, el mediador aproxima y facilita que las partes alcancen un acuerdo, pero sin potestad alguna sobre las mismas.

La conciliación entre partes puede darse antes del proceso judicial o dentro del proceso judicial, dado que -estando pendiente el proceso- las partes siempre pueden poner fin al mismo mediante transacción. Aquí pueden darse las siguientes variantes:

Que las partes alcancen una transacción previa al proceso, mediante acuerdo privado o elevado a pública escritura, que tendrá una naturaleza estrictamente contractual, de modo que ante su incumplimiento total o parcial, solo cabe a la otra parte acudir a la vía judicial o arbitral.

Igualmente, puede tener lugar dicha conciliación en sede judicial con carácter pre-procesal, de modo que las partes ponen fin a su discrepancia. Actualmente, la conciliación preprocesal viene regulada en los arts. 139 a 148 de la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria*, para lo que tendrán que acudir al Juzgado de Paz (para reclamaciones inferiores a 6.000 euros), al Juzgado Primera Instancia (para reclamaciones iguales o superiores a 6.000 euros), o al Juzgado de lo Mercantil en materias de su competencia, debiendo presentar una solicitud escrita expresando lo que se pide (petición), tras lo cual, y una vez admitida la solicitud, se da traslado a la otra parte y se convoca a ambas partes al acto de conciliación ante el Letrado de la Administración de Justicia o del Juez de Paz. En dicho acto la parte solicitante podrá expresar los fundamentos en los que se apoye su solicitud, dando la palabra al demandado para oponerse verbalmente, pudiendo ambas partes exhibir o aportar los documentos que estimen convenientes en apoyo de sus alegaciones. Si las partes no llegan a un acuerdo, se da por concluido sin avenencia. Y si las partes llegan a un acuerdo se da por terminado con avenencia, expresando las estipulaciones del acuerdo. Si alguna de las partes no compareciera al acto, se dará por concluido el mismo sin avenencia.

El acuerdo de conciliación alcanzado constituirá título ejecutivo -equivalente a una sentencia- y podrá pedirse su ejecución ante el mismo Juzgado que tramitó la conciliación cuando se trate de asuntos de su competencia (art. 147 LJV). Por último, contra lo convenido en conciliación, sólo se podrá ejercitarse la acción de nulidad.

Así mismo, una vez iniciado el proceso cabe alcanzar una transacción dentro del mismo, de modo que la misma constituye un modo de finalización del proceso. Para ello, dicho acuerdo debe homologarse en sede judicial, de acuerdo con el art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, constituyendo un título suficiente para instar la ejecución judicial para exigir su cumplimiento.

No obstante lo anterior, también es posible que, una vez iniciado el proceso judicial, las partes realicen una transacción fuera del proceso y en virtud de la misma finalicen la actuación judicial mediante un desistimiento o un allanamiento total o parcial. En ese caso, el acuerdo tendrá naturaleza privada sin perjuicio de la articulación judicial que den las partes en virtud de las propias estipulaciones de aquél.

De este modo, podemos distinguir entre transacción privada entre las partes (previa y al margen de todo proceso jurisdiccional), la transacción en conciliación judicial pre-procesal y, por último, la transacción una vez iniciado el proceso judicial, que a su vez, puede articularse dentro del proceso en curso o articularse mediante acuerdos que se adoptan fuera del proceso pero disponiendo del mismo (mediante el desistimiento o el allanamiento total o parcial).

La mediación aparece regulada muy recientemente en la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (en adelante, también, LM), que regula la mediación como medio de solución de controversias, en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. La actual ley de mediación incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Diario Oficial de la Unión Europea de 24.5.2008, L 136, pp. 3-8), y tiene en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002. Dicha ley resulta de aplicación a los conflictos civiles y mercantiles, incluyendo los conflictos transfronterizos.

Los principios de la mediación se pueden sintetizar en la voluntariedad, de modo que nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo, según lo preceptuado por el art. 6 de la LM. Así mismo, en la mediación se garantizará que las partes intervengan con igualdad de oportunidades y las actuaciones se desarrollarán de forma que permitan a las partes alcanzar un acuerdo. Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí, conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto

mutuo, debiendo colaborar y prestar apoyo permanente a la actuación del mediador.

Las actuaciones y documentación del procedimiento de mediación serán confidenciales.

Mediador podrá ser cualquier persona física con titulación universitaria, formación específica y seguro de responsabilidad civil (art. 11 LM). Aquí, si bien la Ley abre la mediación a profesiones no jurídicas, no podemos ignorar el riesgo que puede conllevar abordar conflictos jurídicos por no juristas.

La mediación podrá ser asumida por instituciones públicas y privadas, si bien los profesionales concretos que desarrollen la labor, deberán contar con la titulación y cualificación antes indicada.

Acudir a mediación suspende el plazo de prescripción y caducidad de las acciones judiciales, conforme determina el art. 4 de la LM.

El proceso de mediación podrá iniciarse de mutuo acuerdo, o a instancias de una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación. El mediador o la institución de mediación citará a las partes a una primera sesión informativa. La mediación puede llevarse a cabo por uno o varios mediadores.

El procedimiento comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación, y aunque el proceso no tiene señalado plazo, será lo más breve y sus actuaciones se concentrarán en el menor número de sesiones posible. El mediador debe convocar a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado, conforme al art. 21 LM.

La mediación, se alcance acuerdo o no, comporta un coste a partes iguales para las partes, salvo que hubieren pactado otra cosa (art. 15 LM).

Los acuerdos que se alcancen a través de la mediación, podrán elevarse a pública escritura u homologarse judicialmente si se han concluido después de iniciado un proceso judicial y serán ejecutables bien a través del Juzgado que los homologa, o bien ante el Juzgado que corresponda al lugar de su conclusión (art. 26 LM).

Heterocomposición

La heterocomposición significa que la solución del conflicto se confía a un tercero, ya sea juez, arbitro o funcionario público, de modo que la controversia la resuelven las partes.

El conflicto de intereses intersubjetivos o colectivos, se resuelve generalmente acudiendo a la Jurisdicción o Poder Judicial, debiendo los tribunales de justicia tramitar los conflictos conforme a los procedimientos aplicables (de-

recho procesal, formal o instrumental), y concluir resolviendo la controversia conforme a derecho (derecho sustantivo o de fondo).

Junto a los tribunales de justicia, y desde tiempos inmemoriales,³ ha coexistido la institución arbitral en virtud de la cual, las partes acuerdan encomendar su controversia a un tercero denominado arbitro (que no está investido de la potestad jurisdiccional y por tanto no forma parte del Poder Judicial). Por último, es posible que las funciones para resolver controversias estén encomendadas a un funcionario público con autoridad para ello, tal y como ocurre en determinadas materias sometidas a la llamada jurisdicción voluntaria, que no dejan de ser cuestiones puntuales.

El proceso

El proceso puede ser definido como el instrumento del Estado para determinar que sea derecho y que no sea derecho, en cualquier conflicto intersubjetivo o social, público o privado. Ante la discrepancia sobre el derecho concreto surge el conflicto y con él la necesidad de que se declare por el Estado que es el derecho, en ese caso concreto. Dicho instrumento está plenamente regulado y encomendado a los tribunales, que son los órganos específicos del Estado y que integran el llamado Poder Judicial. Solo en el proceso, el Estado asume el monopolio y la responsabilidad de la resolución del conflicto (Calamandrei, 2006, p. 29). Las constituciones han constitucionalizado el acceso a la jurisdicción, como un derecho fundamental de naturaleza instrumental, como medio para garantizar no solo el cumplimiento del orden jurídico en el plano jurídico privado, sino también de todos los derechos y libertades fundamentales. Para ello, se reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional a los ciudadanos, que la Constitución española recoge en su art. 24, bajo la denominación de “derecho a la tutela judicial efectiva”.⁴

El arbitraje

El medio alternativo a la Jurisdicción para la resolución de conflictos es el arbitraje, entendiendo por tal, aquel “medio heterónimo de arreglo de controversias, que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente se vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)”, tal y como define el Tribunal Constitucional español (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4º). De este modo, el conflicto jurídico-privado es resuelto por un tercero, denominado árbitro, al

³ Homero recoge en la *Iliada* las figuras de un árbitro y de un juez imparcial que dicta una sentencia justa (II, I, III, XVIII y XIX). Para una visión global, véase, López Huget, M. L. (2021) *Proceso y ADR: Herencia romana en la resolución actual de conflictos (especial referencia a la evolución histórico-jurídica del arbitraje)*. Atelier.

⁴ Cfr., Díez-Picazo Giménez, I. (1996). “Artículo 24. Garantías procesales”, en O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II. Cortes Generales, Edersa, pp. 19-123; González Pérez, J. (2001), *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Civitas, pp. 61-162; Díez Picazo, L. M. (2005), “La tutela judicial efectiva”, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed., Thomson-Civitas, pp. 405-437. Para una visión de conjunto sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional, véase, Garberí Llobregat, J. (2008), “El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional”, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, pp. 27-283.

que designan previamente ambas partes. La resolución arbitral, denominada laudo arbitral, es de obligado cumplimiento teniendo fuerza de cosa juzgada y puede ser ejecutada a través de los tribunales.

Notas sobre el arbitraje

El arbitraje es un mecanismo privado y de naturaleza civil para la resolución de controversias, basado en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Para el profesor Guasp (1956, pp. 22-24) nos indica que el árbitro no es un Juez, ni el arbitraje es un fenómeno procesal, añadiendo que no hay inconveniente ninguno en hablar del arbitraje como un pacto o como un contrato, para concluir diciendo que “en substancia, nos encontramos frente al contrato que da vida a toda la institución arbitral” (p. 115). El arbitraje se puede comprender como una alternativa heterocompositiva a la solución jurisdiccional de conflictos privados, fundada en la voluntad de las partes (Cordón Moreno, 2005, pp. 27-55; Castresana, 2017, pp. 13-25).

El arbitraje puede ser interno o internacional. Será arbitraje interno si tiene lugar en el territorio nacional. Por contra, el arbitraje será internacional si las partes tienen sus domicilios en Estados diferentes, el lugar del arbitraje determinado en el convenio arbitral o el lugar de cumplimiento sea fuera del territorio del Estado o que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

En cuanto al arbitraje interno, el mismo podrá ser ordinario si carece de regulación específica o especial si tiene una regulación especial, como puede ser en materia de consumo, transporte terrestre, propiedad intelectual, seguros privados, arbitraje cooperativo y en materia deportiva, en sectores de agua, energía, transporte y servicios postales y otros de derecho privado.

También cabe el arbitraje testamentario -que se ha de incluir en testamento-, para solucionar discrepancias entre herederos no forzosos o legatarios en relación a la distribución y/o administración de bienes.

Finalmente, cabe el arbitraje estatutario en el seno de las sociedades mercantiles de capital para someter a arbitraje los posibles conflictos que puedan surgir, operando como convenio arbitral una cláusula en los estatutos sociales por la que se efectúa la sumisión a arbitraje. De este modo, la sociedad mercantil se dota de este medio para la resolución de sus controversias internas sobre sus acuerdos sociales⁵, siempre que exista dicha previsión estatutaria.

De cualquier modo, para que pueda existir arbitraje, las partes deben suscribir previamente el llamado convenio arbitral -que puede ser una cláusula contractual-, en el que ambas partes expresan su voluntad de someter a ar-

⁵ El laudo que declare la nulidad de un acuerdo social inscribible ha de inscribirse en el Registro Mercantil, publicándose un extracto del mismo en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (BORME).

bitraje la solución de todas o algunas de las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, en materia de su libre disposición, expresando la obligación de cumplir la decisión. Así mismo, pueden indicar la institución de arbitraje a la que se desean someter o no indicar institución alguna, en cuyo caso si no se ponen de acuerdo en el nombramiento de árbitros deben recurrir a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del lugar en el que se suscribió dicho convenio arbitral, para que por este sean nombrados.

En cuanto a las ventajas y desventajas del arbitraje sobre el proceso debido, los argumentos al uso vienen siendo la agilidad en las transacciones comerciales.

Ciertamente, el arbitraje es más flexible a la hora de estructurar el procedimiento de acuerdo con las necesidades y características de la disputa, es absolutamente confidencial, estando obligados los árbitros a guardar sigilo de las actuaciones, lo que presenta una ventaja para las empresas celosas de sus secretos y prácticas empresariales. Igualmente, resulta más rápido, aunque la necesidad de acudir a la jurisdicción para la práctica de prueba puede obstaculizar e incluso dificultar los objetivos del arbitraje. Así mismo, puede destacar la especialización de determinadas instituciones arbitrales para determinados tipos de controversias.

Relación entre arbitraje y proceso

El arbitraje es alternativo al proceso jurisdiccional, de modo que una vía excluye la otra hasta el punto que se puede reclamar la excepción de declinatoria de jurisdicción debido a que las partes han optado por el arbitraje a través de un previo convenio arbitral para dilucidar sus diferencias. El Tribunal Constitucional español en su STC 176/1996, de 11 de noviembre, señala que una vez elegida la vía del arbitraje, no se puede entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que indudablemente rebaja el nivel de garantía del procedimiento arbitral en relación al proceso debido. No obstante, cabe que la parte demandada ante la jurisdicción y a pesar de que suscribiera en su día un convenio arbitral puede no hacer uso de dicha excepción por entender que el conflicto se resuelve mejor en sede judicial. En tal caso, hay que entender que estamos ante un desistimiento del arbitraje por ambas partes, tanto por la que insta el proceso ante la jurisdicción, como por la demandada que no hace uso de la excepción de jurisdicción, alegando la existencia de convenio arbitral.

Acudir al arbitraje excluye la intervención judicial, sin perjuicio de que pueda recurrirse a la jurisdicción en funciones de auxilio del arbitraje o para revisar externamente que se han cumplido las garantías a través del recurso de anulación. El objeto del recurso de anulación se circunscribe a cuestiones

estrictamente formales: que los árbitros han sido designados conforme al convenio arbitral, que han existido las notificaciones oportunas para desarrollar las actuaciones del procedimiento arbitral y que el laudo arbitral contiene un mínimo razonamiento jurídico. Sin embargo, los tribunales no pueden entrar en el fondo sobre lo resuelto en arbitraje, lo que puede originar y validar relaciones jurídico-privadas al margen de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico.

Por lo demás, en el procedimiento arbitral se debe acudir a la jurisdicción, para el nombramiento y remoción de árbitros, para la práctica de prueba, la adopción de medidas cautelares, la ejecución forzosa de los laudos que no se cumplen voluntariamente, así como para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. La ineludible necesidad de acudir a la jurisdicción restan al arbitraje la rapidez y flexibilidad que se predicaban del mismo.

Así, la puesta en marcha debiendo de interponer demanda ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente, puede conllevar un proceso verbal en el que se formule oposición por entender que lo que se aporta como convenio arbitral no es tal, o no se extiende al conocimiento del asunto para el que se pretende el nombramiento judicial de árbitros. Dicho proceso judicial también habrá de ser seguido para la remoción y sustitución de árbitros, con el consiguiente perjuicio que puede ocasionar la suspensión de las actuaciones arbitrales o la necesidad de reiniciarlas nuevamente.

La adopción de medidas cautelares también puede resultar desastrosa, bien por tener que acudir directamente a la jurisdicción para instarlas o pedir las a los árbitros con el hándicap de tener que hacerlas valer posteriormente ante la jurisdicción civil, ya que los árbitros carecen de la potestad para ejecutar sus propias resoluciones, sumando intervalos de tiempo que pueden obstaculizar que las mismas resulten efectivas.

Igualmente, dado que los árbitros carecen de potestad y autoridad necesaria para desarrollar las pruebas que deban tener lugar (*v. gr.*, un árbitro no compeler a comparecer a ningún testigo o a que se exhiba documentación alguna), por lo que debe recabar la colaboración de los tribunales ordinarios (Senes Motilla, 2017, p. 66), los cuales -lógicamente- pueden ser reacios a prestar asistencia a terceros (los árbitros) que no forman parte de la jurisdicción y, por tanto, no pueden equipararse al auxilio judicial. En cualquier caso, el tribunal debe examinar la idoneidad de la prueba propuesta por el árbitro o árbitros para su práctica y recibir la declaración que estime oportuna, lo que genera necesariamente una distorsión en el procedimiento arbitral, hasta el extremo que evitan la práctica de pruebas orales al carecer de la necesaria compulsión (Ordoño Artes, 2008, p. 124). Así mismo, los árbitros podrán instar de los tribunales su colaboración, para que estos efectúen los requerimientos de exhibición de documentos, o soportes electrónicos a las

partes, terceros, o entidades oficiales, citación de partes, testigos o peritos para prestar declaración, designación de peritos que puedan dictaminar sobre pruebas concretas, requerimiento a personas jurídicas y entidades públicas, para que respondan por escrito a determinadas preguntas, o efectúen las autorizaciones necesarias para la entrada a lugares o reconocimiento de personas por los árbitros, o por los peritos designados, previa petición justificada. Los resultados de la colaboración judicial pueden resultar exiguos, cuando no inexistentes, ya que no se puede exigir a los tribunales que se otorgue preferencia para colaborar en los arbitrajes sobre sus propios asuntos. La STC 17/2021, de 15 de febrero, blinda la valoración de la prueba realizada por los árbitros, de modo que no pueda ser causa de anulación del laudo arbitral posteriormente en sede jurisdiccional, además de considerar que la fundamentación del laudo no alcanza los requisitos de razonamiento de las sentencias.

La anticipación y aseguramiento de prueba, propia del proceso civil, queda excluida en el arbitraje, lo que le aleja aún más al arbitraje de la búsqueda de la verdad material.

Además de lo expuesto, hay que indicar que el arbitraje no puede acudir al auxilio judicial para realizar las necesarias notificaciones. De este modo, la utilización de medios de notificación fehacientes no puede implicar el uso de los sistemas de averiguación y notificación de la Administración de Justicia, con la consecuencia de que el uso deficiente de las notificaciones en el arbitraje podrá constituir motivo para la acción de anulación, de conformidad con el art. 41.1.b) de la Ley de Arbitraje.

Finalmente, hemos de aludir a anulación judicial de los laudos arbitrales (Artacho, 2007, p. 191, ss.), que podrán anularse por:

a/ Inexistencia de convenio arbitral, lo que acontece cuando se designan dos árbitros, uno por cada parte, lo que anula per se el acuerdo.

b/ No haber sido debidamente notificada la designación de un árbitro o las actuaciones arbitrales. Así lo han ratificado la STC 233/1988, de 2 de diciembre, con motivo de la nulidad del emplazamiento edictal para el nombramiento de árbitro, lo que implicó la nulidad de todo lo actuado, -incluyendo el posterior procedimiento arbitral-, debiendo retrotraer las actuaciones, al momento anterior al emplazamiento para el nombramiento de árbitro.

c/ Los árbitros deciden cuestiones no sometidas a su decisión, lo que constituye una extralimitación de su encargo.

d/ La decisión de los árbitros o el procedimiento arbitral, no se ha ajustado al acuerdo entre las partes.

e/ Los árbitros han resuelto cuestiones no susceptibles de arbitraje.

f/ Y, finalmente, el laudo arbitral es contrario al orden público. Aquí el Tribunal Constitucional español ha precisado en su STC 46/2020, de 15 de junio, que "por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 de febrero, 116/1988, de 20 de junio, y 54/1989, de 23 de febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nues-

tro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios, podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público” (FJ 4º).

Finalmente, la referida STC concluye restringiendo los motivos de orden público a razones estrictas de orden procesal, lo que refuerza la creación de un espacio de relaciones jurídico-privadas fuera del control de legalidad y, en última instancia, de constitucionalidad. Así nos lo expone el máximo interprete de la Carta Magna al decir:

Por consiguiente, es claro que la acción de anulación debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros, «al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3, y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2)” (FJ 4º).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en su STC 65/2021, de 15 de marzo, ha precisado que, si bien no existe equivalencia entre arbitraje y proceso jurisdiccional en cuanto a garantías, si que la hay en cuando a los efectos de cosa juzgada, de modo que el alto tribunal español otorga validez a la existencia de un proceso jurisdiccional con garantías y un procedimiento arbitral sin garantías, pero con idénticos efectos de cosa juzgada. Y ello se justifica en que ambos mecanismos de resolución de conflictos tienen su fundamento en preceptos constitucionales distintos, tal y como indica:

Por ello, y por la confusión que pudiera generar la expresión «equivalente jurisdiccional», a la que se hace referencia en la citada STC 17/2021, el tribunal insiste en que la semejanza entre ambos tipos de decisión –judicial y arbitral– no alcanza más allá de aquellos efectos y en que el procedimiento arbitral no se puede ver sometido a las exigencias propias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), puesto que no es un procedimiento judicial, como tampoco los árbitros ejercen la jurisdicción, cometido de la competencia exclusiva de quienes integran el Poder Judicial (art. 117 CE). Por tanto, no están sujetos a los deberes y garantías que impone el art. 24 CE. Al contrario: cuando las partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de la libertad (art. 10 CE), deciden acudir al procedimiento arbitral, eligen sustraerse de las normas que rigen el procedimiento judicial (art. 24 CE) y también, claro está, al enjuiciamiento y valoración de los órganos judiciales, a quienes desde ese momento les está vedado el conocimiento del asunto (FJ 4º).

De este modo, se remarca que el arbitraje carece de las garantías propias del derecho a la tutela judicial efectiva.

Conclusiones

Primera.- El impulso de los denominados *medios alternativos de solución de conflictos* (MASC), y de modo singular el arbitraje, se ha venido justificando en la necesidad de prevenir y disminuir la sobrecarga de los tribunales, pero consideramos que la verdadera razón reside la negativa de los gobiernos a

incrementar el gasto público en materia de justicia, a fin de dotarla de los necesarios medios personales y materiales.

Segunda.- En relación a la clasificación doctrinal sobre medios de resolución de conflictos, hay que precisar que la misma debe concebirse bajo los parámetros de aprendizaje pedagógico para una mejor comprensión de las diferentes figuras, pues es claro que en la práctica se producen dudas sobre como clasificar la realidad. Así, un acuerdo adoptado en el seno de un proceso judicial en curso permite respuestas ambivalentes. Así podemos preguntarnos si estamos en presencia de una resolución de naturaleza auto-compositiva por el modo en que concluye el conflicto, o ante una resolución heterocompositiva, ya que estamos en un proceso jurisdiccional y la resolución acontece en el seno del mismo. En nuestra opinión, ambas respuestas serían válidas, en tanto que el acuerdo -que se efectúa en base a los principios de autonomía y de libre disposición de las partes- debe ser necesariamente homologado por el tribunal. En igual sentido, un allanamiento en el seno de un proceso comporta el dictado de sentencia estimatoria para la parte demandante y condenatoria para la parte allanada, por lo que tal allanamiento en sede judicial conduce a la resolución heterónoma del conflicto.

Tercera.- El arbitraje comporta una vuelta al oscurantismo, ya que en el mismo no hay precedente judicial, ni doctrina jurisprudencial y constitucional, tal y como ocurre en el proceso. Frente al principio de publicidad del proceso y de las sentencias y demás resoluciones judiciales, nos encontramos con el más absoluto ocultamiento de las resoluciones arbitrales. Lo que constituye no solo una fuente de inseguridad, sino que dificulta aún más, calcular racionalmente cual puede ser el resultado.

Más grave aún resulta la exclusión del arbitraje del control constitucional. Se nos dice que el arbitraje tiene su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, pero no es menos cierto que cualquier tipo de obligaciones y contratos que dimanen de la autonomía de la voluntad, pueden ser objeto de revisión jurisdiccional y, en última instancia, de revisión constitucional. Sin embargo, la institución arbitral queda excluida de dicho control de constitucionalidad y, con ella, las relaciones jurídicas realizadas a su amparo (STC 13/1997).

El Tribunal Constitucional español ha considerado "la autonomía de la voluntad de las partes" (al amparo del art. 10 CE) como fundamento del arbitraje, frente al proceso jurisdiccional, pero el reforzamiento del arbitraje como espacio de relaciones jurídico-materiales no susceptible de revisión judicial, comporta -a la postre-, la creación de un ámbito alegal. Sin duda, hablar de espacios "vedados a la jurisdicción" es algo muy serio, pues estamos colocando esta "autonomía de las partes" al margen de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Hasta ahora se había considerado que la totalidad de obligaciones y contratos dimanantes de la autonomía de la voluntad de-

bían adecuarse al orden jurídico y eran susceptibles de control jurisdiccional y, en última instancia, de constitucionalidad. Por lo que cualquier relación contractual ha podido ser revisada por los tribunales a fin de interpretar toda estipulación de naturaleza contractual a la luz del ordenamiento jurídico, formado principalmente por las diferentes disposiciones legales y la Constitución, debiendo estar todo sujeto a esta y conforme con la misma. Sin embargo, la nueva concepción del Tribunal Constitucional en su STC 17/2021, de 15 de febrero, sobre la exclusión del arbitraje del control jurisdiccional parece transformar las obligaciones y contratos -mediante el correspondiente convenio arbitral- en instrumento adecuado para sustraerse a los tribunales de justicia, tal y como subraya el alto tribunal al indicar:

También, en esta reciente STC 46/2020, advertimos de los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales [art. 41.1 f) LA] y de la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (art. 24 CE)" (FJ 2º).

Cuarta.- Desde aquí reclamamos el principio de irrenunciabilidad a la tutela jurisdiccional que debe protegerse en todo caso, ya que no puede mantenerse una renuncia a la tutela judicial cuando ha transcurrido tiempo y hasta han cambiado las circunstancias que llevaron a la firma del convenio de arbitraje o cláusula arbitral. La cláusula arbitral, de hecho, impide revisar la totalidad de los contratos en los que se insertan, quedando dichos contratos y todas las relaciones jurídicas entre las partes fuera del control judicial. Lo más grave es que este modo de proceder puede construir -y de hecho lo está construyendo de un modo silencioso- un espacio de relaciones jurídicas que no solo impide el acceso a la justicia, sino a todo control de constitucionalidad.

Por ello, consideramos como introducir las siguientes cuestiones de *lege ferenda* en la legislación de arbitraje:

1ª) Que las cláusulas arbitrales no se tengan por puestas en relaciones asimétricas, tales como arrendamientos y cualesquiera tipos de relaciones civiles o comerciales en los que no exista equilibrio entre las partes, tales como franquicias, suministros, etc., a fin de evitar el incremento de la asimetría.

2ª) Que los convenios arbitrales contengan un plazo determinado y que el mismo no superior a una décima parte del tiempo estipulado para el contrato, siendo nulos los convenios y cláusulas arbitrales más allá de dicho plazo.

3ª) Que los tribunales puedan examinar el fondo de los laudos arbitrales al objeto de que sean conformes con el ordenamiento jurídico, como el resto de resoluciones jurisdiccionales.

4ª) La creación, dotación y mantenimiento de un *servicio público y gratuito* de arbitraje para aquellas personas y empresas que carezcan de capacidad económica y se vean obligados a instar el arbitraje o se vean compelidos al

mismo, siendo preferente respecto a las designaciones contenidas en los convenios arbitrales.

Agradecimientos

El presente trabajo es fruto de la estancia breve de investigación realizada en el Área de Derecho Procesal y del Departamento de Derecho Público y Común Europeo de la Universidad de Jaén para estudiar *la problemática del arbitraje como medio de resolución de conflictos respecto al proceso debido* durante el curso 2021-2022. Grupo de Investigación Estudios Procesales SEJ-422.

Referencias bibliográficas

- Alcalá-Zamora y Castillo, N. (2019). *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Ediciones Olejnik.
- Carretero Morales, E. (2016). *La mediación civil y mercantil en el Sistema de Justicia*. Dykinson.
- Gernet, L. (1980). "Derecho y prederecho en la Grecia antigua", *Antropología de la Grecia Antigua*, trad. Bernardo Moreno Carrillo, (pp. 153-226). Taurus.
- Gómez Colomer, J. L. (2019). "Medios de solución de conflictos jurídicos", en Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Barona Vilar, Silvia, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, (pp. 37-53). Tirant lo Blanch.
- Calamandrei, P. (2006). *Proceso y democracia*. Ara Editores E. I.R.L.
- Castán Tobeñas, J. (1993). *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. 4 (Derecho de Obligaciones), 15ª ed. Reus.
- Castresana, L. F. (2017). "Concepto y características", en F. Ruiz Risueño; J. C. Fernández Rozas, *Manual de Arbitraje*, (pp. 13-25). Tirant lo Blanch.
- Cordón Moreno, F. (2005). *El Arbitraje de Derecho Privado (Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje)*, 1ª ed., (pp. 27-55). Thomson-Civitas.
- Díez Picazo, I. (2005). "La tutela judicial efectiva", *Sistema de derechos fundamentales*. 2ª ed., (pp. 405-437). Thomson-Civitas.
- Freud, J. (1995). *Sociología del Conflicto*. Ministerio de Defensa.
- Garberí Llobregat, J. (2008). "El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional", *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (pp. 27-283). Bosch.
- González Pérez, J. (2001). *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., (pp. 61-162). Civitas.

- Guasp, J. (1956). *El arbitraje en el derecho español. Su nueva configuración conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*. Bosch.
- Jiménez Bautista, Francisco (2019). "Técnicas para la resolución, gestión, transformación y neutralización de conflictos", en F. Jiménez Bautista; R. Beltrán Zambrazo y D. G. Moreira Aguirre, *Gestión de Conflictos*, (pp. 43-69). Dykinson.
- López Huget, M. L. (2021). *Proceso y ADR: Herencia romana en la resolución actual de conflictos (especial referencia a la evolución histórico-jurídica del arbitraje)*. Atelier.
- Ogayar Ayllón, T. (1983). "Efectos que produce la obligación bilateral". En M. Albaladejo (Dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXII, 2º, 2ª ed., (pp. 3-103). EDERSA.
- Ruiz Jiménez, J. Á. (2004). "Conflicto". En M. López Martínez (Dir.). *Enciclopedia de Paz y Conflictos (A-K)*, Tomo I, (p. 149). Editorial U. de Granada/ Junta de Andalucía.
- Senes Motilla, C. (2017). *La intervención judicial en el arbitraje*. Thomson Reuters-Civitas.
- Ordoño Artes, C. (2008). "Asistencia judicial para la práctica de la prueba en la ley de arbitraje". En J. L. González Montes (Coord.). *Estudios sobre el arbitraje. Los temas claves*, 1ª ed., (pp. 113-129). La Ley.
- Artacho Martín-Lagos, M. (2007). La controvertida firmeza del laudo, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2, 1634-1643.