

LA TRANSACCIÓN: ALTERNATIVA O COMPLEMENTO DEL LITIGIO JUDICIAL O DE LA CONTROVERSIA ARBITRAL

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

Catedrático de Derecho internacional privado. Abogado, árbitro y mediador. Miembro de la Associació pel Foment de l'Arbitratge

SUMARIO: **I.** La transacción como instrumento alternativo. **II.** Transacción judicial. **1.** Caracterización. **2.** Elementos constitutivos. **III.** Transacción extrajudicial. **1.** Caracterización. **2.** Elementos constitutivos. **IV.** Transacción en el arbitraje. **1.** Acuerdo de las partes y eventual papel proactivo de los árbitros. **2.** Laudo por acuerdo de las partes. **3.** Transacción que pretende poner fin a un proceso de anulación de un laudo.

I. LA TRANSACCIÓN COMO INSTRUMENTO ALTERNATIVO

1. Cuando surgen conflictos de intereses entre dos o más partes, que pueden desembocar, o ya lo han hecho, en un litigio de carácter judicial o arbitral, cabe la posibilidad de que éstas por sí mismas pongan fin a su controversia a través de una fórmula de carácter contractual que

contemple mutuas concesiones y que, por medio de éstas, pueda alcanzarse un acuerdo¹. Su punto de partida es la existencia de una relación jurídica controvertida, susceptible de mediación o de derivar en litigio ante jueces o árbitros, respecto de la cual las partes, con plena capacidad y en uso de su autonomía de la voluntad, deciden llevar a término en forma definitiva a través de concesiones recíprocas. Y el resultado es un acuerdo bilateral a través del cual las partes impiden la aparición de una controversia o eliminan la que ya se había iniciado. Algo especialmente conveniente, junto a otras ventajas, como la confidencialidad, la rapidez en la resolución y un menor coste, cuando el conflicto tiene lugar entre dos o más partes cuyas relaciones entre sí deben continuar tras el contencioso, esto es, relaciones más o menos permanentes como es el caso de las empresas con vinculaciones a largo plazo.

Matizando los elementos expuestos puede considerarse que en el caso concreto de la transacción:

- i) Estamos ante una “relación jurídica controvertida” (*res dubia*) cuando es susceptible de más de una interpretación que lleve a soluciones jurídicas distintas y por lo cual podría suscitarse una controversia judicial o extrajudicial². Basta pues la eventual negativa de una de las partes a cumplir con la ejecución de la prestación a la que se ha obligado. Dicha relación debe, además, tener un carácter incierto en el sentido que no requiere la existencia de un pleito ac-

1 V. Montés Penadés, “El contrato de transacción”, *Derecho de obligaciones y contratos* (R. Valpuesta Fernández, coord^a.), 3^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 841–849, esp. 846.

2 STS 26 de noviembre de 2011 “la transacción borra el pasado y es fuente de una relación jurídica nueva y, desde esta óptica esta Sala tiene reiteradamente declarado que toda la transacción provoca el nacimiento de nuevos vínculos y obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación de éstos... de suerte que, sea judicial o extrajudicial, tiene carácter novatorio y produce el efecto de la sustitución de una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta e incontrovertida”.

tual ya iniciado, siendo suficiente la posibilidad un pleito inminente como consecuencia de una discrepancia basada racionalmente en el orden legal.

- ii) Las partes deben tener capacidad de forma individual y autónoma en orden al contenido del acto transaccional, así como en torno a los bienes respecto a los cuales se harán concesiones. En consecuencia será nula la transacción si una de las partes no pueda disponer de alguno de dichos bienes³.
- iii) Ha de existir una reciprocidad para obtener un resultado positivo, creando, modificando y extinguiendo la relación jurídica controvertida. Las partes que participan en este mecanismo deben ceder en algo respecto de sus posiciones iniciales, para finalmente llegar a un acuerdo por el que ellas, si bien no satisficieron sus expectativas originales, sí lograron un convenio cercano a dichas posiciones. Corresponde la valoración de las concesiones a las partes lo cual no hay no existe un punto de referencia concreto para determinar su contenido

Se configura así la transacción como uno de los instrumentos alternativos al litigio judicial o a la controversia arbitral, pero no es el único, sino que compite con otros, como señaladamente la mediación⁴.

3 No existe en el Código civil una disposición de carácter general que establezca cuál sea la capacidad requerida para transigir, sino que se limita a regular una serie de supuestos especiales (*cf.*, arts. 1810, 1811 y 1812 Cc) en los que se exige una determinada capacidad para esta función. Ante esta ausencia ha sugerido insertar en el Código civil un texto del siguiente tenor: “para transigir las partes deben tener capacidad de disposición sobre las relaciones jurídicas controvertidas; en otro caso, la transacción será nula” (*cf.* F. A. Rodríguez Morata Proyecto de Código civil (Asociación de Profesores de Derecho civil), Libro Quinto, Título XVI, De las transacciones [<https://www.derechocivil.net/images/libros/TITULO-XVI-TRANSACCION.pdf>]).

4 P. Salvador Coderch, “ABC de la transacción”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 04/2002.

De acuerdo a su finalidad pueden distinguirse dos tipos de transacción: aquella que pretende evitar el proceso judicial o arbitral, y la que pone fin a un procedimiento jurisdiccional o arbitral ya iniciado. Estamos pues en presencia de un mecanismo de autocomposición, sin duda más económico, no sólo desde el punto de vista estrictamente patrimonial, sino también desde el punto de vista de los costes temporales y de enfrentamientos personales, resultaría quizás un mecanismo mucho más utilizado al tiempo que efectivo, si las partes tuvieran la certeza de que lo decidido por ellas no será nunca más discutido ni reabierto en el futuro ante un juez.

2. La transacción y el arbitraje son dos instituciones independientes en orden a la exigencia o no de prestaciones recíprocas, pretendiendo la primera el establecimiento de realidades o derechos no definitivamente consolidados, mientras que en la segunda se trata de acomodarse a realidades o derechos conocidos, que ambas partes reclaman como suyos. Pero ello no evita que guarden una unidad en relación al objetivo perseguido, cual es la resolución de las controversias por mecanismos distintos a los judiciales pero a la postre igualmente efectivo en cuanto a la resolución definitiva del asunto a debate y sin duda con un menor coste no sólo económico sino también social. Como nota común se encuentra su pertenencia al sistema autocompositivo de resolución de controversias cuando el objeto de las mismas sea disponible. Mas concretamente, el arbitraje se diferencia de la transacción en que ésta:

- i) Mantiene un contenido contractual a lo largo de su puesta en práctica y no es ejecutiva en sí misma, mientras que aquél comporta un auténtico juicio, pese a no celebrarse ante los tribunales, y las partes no resuelven sus controversias mediante recíprocas concesiones, sino que encargan a un tercero la decisión.
- ii) Es un medio de auto composición, pues son las mismas partes, sin participación de ningún tercero las que resuelven la controversia

(autocomposición sin intervención de un tercero)⁵, en tanto que en el arbitraje las partes recurren a un tercero, que somete a las partes al dialogo con el fin de dar solución a la controversia, con el carácter de cosa juzgada, denominándose un medio de heterocomposición, pues es un tercero ajeno a la relación, tercero que se compromete o está obligado a emitir una solución, cuyo cumplimiento deberán acatar las partes.

- iii) Las partes, haciéndose recíprocas concesiones o renunciando a sus pretensiones⁶, resuelven una controversia, cuestión que no concurre en el arbitraje, si bien a la hora de determinar el importe de la liquidación, las partes deben establecer un equilibrio sopesando el interés económico respectivo y los riesgos del recurso a la jurisdicción o al arbitraje. El hecho de que las concesiones de las partes sean objetivamente equivalentes no constituye, sin embargo, una característica conceptual de una transacción resultando incluso irrelevante si cada parte (subjctivamente) ve en la concesión de la otra parte un equivalente para sus propias concesiones, o si una parte sólo está interesada en el establecimiento de la paz jurídica. En general, no cabe exigir más requisitos a las concesiones de las partes que su reciprocidad

5 L.A. Cucarella Galiana, “La mediación en Derecho privado en el contexto de las otras fórmulas de resolución de controversias distintas al proceso”, *Revista General de Derecho Procesal (Iustel)*, nº 26, 2012.

6 Considera X. O’Callaghan que “No se trata, pues, de una renuncia o cesión de un derecho, sino del sacrificio de pretensiones, sin que se pueda afirmar con total seguridad que tenían una base segura y cierta, sino que se movían en una incertidumbre por lo menos subjetiva. Dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, dice el art. 1809, aunque en el término de cosa, debe incluirse el de derecho: *aliquid datum*, *aliquid retentum*, derecho real o de crédito, total o parcial”. Cf. “La transacción”, *Compendio de Derecho civil*, t. 2, *Obligaciones y contratos*, vol. 2, lección 28.

- iv) Como contrato privado que es, puede ser revisada en sede jurisdiccional, aunque su impugnación en esa vía queda limitada a aspectos de validez o incumplimiento contractual, en cambio, el arbitraje es un sistema de solución de conflictos cuya resolución por un sujeto privado puede revisada o impugnada en la vía jurisdiccional, por medio de la interposición de la acción de anulación.
- v) Elimina la incertidumbre, pues las mismas partes, sustituyendo la decisión del juez, dan fin a esa controversia, mientras que en el arbitraje, la incertidumbre se mantiene latente hasta no saber cuál es la decisión del árbitro.

3. Sentados los elementos diferenciales entre transacción y arbitraje, debe tenerse en cuenta que la primera es un elemento consustancial en el marco del proceso arbitral desde dos perspectivas distintas. De un lado, la producida al margen del mismo pero homologada por el árbitro o árbitros que están conociendo del proceso, dictando un laudo con el contenido de la transacción, que pone fin al proceso. De otro lado, la transacción no homologada por el árbitro en forma de laudo, que se realiza al margen del proceso arbitral, y sirve para poner fin al arbitraje por otros mecanismos como el desistimiento, el acuerdo de las partes, la carencia sobrevenida del proceso (art. 38 LA). En estos casos, igual que en las transacciones extraprocesales pendiente el proceso judicial, hay que distinguir a su vez, aquellas que se otorgan en documento público, y son título ejecutivo, de las que son únicamente un contrato entre partes.

También conviene distinguir la transacción de la conciliación con avenencia, como la regulada en los arts. 139 ss Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria para determinadas cuestiones en materia de sociedades (impugnación de acuerdos sociales, nombramiento de liquidador, convocatoria de Junta General de Accionistas, entre otras) abarcando también materias relativas a derechos de la persona (como cuestiones del derecho al honor o el ejercicio de derecho de rectificación previa a una querrela por injurias). Esta última es un pacto que evita un litigio con mutuas concesiones entre las partes que acuden al mis-

mo; ahora bien, estas concesiones o avenencias recíprocas (entre actor y demandado) que no implican necesariamente una transacción, ya que puede suceder que no exista renuncia de derechos entre ellas; y sí, juicio arbitral⁷. De este modo, la conciliación puede convertirse en el acto inicial del procedimiento arbitral. La posibilidad de que el tercero imparcial, en este caso el Juez de paz o Secretario judicial, intervenga en el conflicto intentando acercar posturas entre las partes para que éstas alcancen un acuerdo (una suerte de transacción mixta, con la intervención de un tercero) aleja esta figura de la tramitación de asuntos por otros sistemas de resolución de conflicto como el previsto en el art. 19 LEC⁸, aunque en la avenencia refleje un acuerdo de voluntades que deben observar las partes generador de un contrato en los términos del art. 1809 Cc⁹.

4. Si la mediación se ve acompañada por el éxito culmina con un acuerdo transaccional entre las personas que han intervenido en la misma, mediante el cual dicho se pone fin a todas las controversias existentes entre las mismas o a algunas de ellas, cabiendo también, en el ámbito del Derecho de familia que tal acuerdo se plasme, específicamente, en un convenio regulador o, si cabe, en cualquier otro negocio jurídico singular y propio de la materia, normas imperativas sabidas y respetadas necesariamente. En tales casos la mediación conduce a la transacción, como el

7 A. Martínez de Santos, “El acto de conciliación en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Diario la Ley*, n° 8699, Sección Doctrina, 2016.

8 L. García Montoro, “La conciliación en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 15, 2015, pp. 101–106, esp. 102. *Vid.*, asimismo, J. Sáez González, “La negociación como base del acto de conciliación civil y la nueva Ley 15/2015 de la jurisdicción voluntaria”, *Revista General de Derecho Procesal* (Iustel), n. 37, 2015.

9 P.M. Félez Blasco, *El acto de conciliación pre procesal civil ante el juzgado*, Wolters Kluwer, 2019, pp. 138–139; J. Plaza Penadés, *La conciliación en el ámbito del Derecho privado, Mediación, Arbitraje y Conciliación: Una puesta al día* (M.E. Cobas Cobiella, dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 299–333, esp. pp. 306–307.

arbitraje al laudo o el proceso a la sentencia¹⁰. Pero debe tenerse muy en cuenta que mediación y transacción son instituciones diferentes tanto en su naturaleza como en su contenido. La mediación está referida a un concreto “procedimiento” o sistema de resolución de conflictos, con unas determinadas características que lo definen, que no necesariamente debe de terminar con un contrato de transacción, en tanto que en la transacción nos estamos refiriendo a un “resultado” de ese proceso previo de acercamiento, de negociación sobre la resolución de la controversia, que está previsto en el Código civil cuando contempla los efectos del eventual acuerdo alcanzado y sus límites. Y, dentro de esta regulación el en la ordenación de esta modalidad contractual se silencia cualquier referencia a la posible intervención de un tercero (mediador) en la resolución de la controversia.

II. TRANSACCIÓN JUDICIAL

1. CARACTERIZACIÓN

5. En virtud del principio de justicia rogada o principio dispositivo las partes son libres para disponer de sus intereses privados, acudiendo o no a la vía jurisdiccional y esto es así así porque el principio dispositivo (inherente a la transacción y el arbitraje) termina donde comienza la vinculación indisponible al Derecho imperativo¹¹. En este último caso

10 Cf. C. Rogel Vide, “Mediación y transacción en el Derecho civil”, *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, t. I, *Mediación*, Madrid, Reus, 2010, pp. 19–39.

11 STS CA 3ª 20 diciembre 2017 (en J.C. Fernández Rozas y A. Fernández Pérez, *Diez años de Jurisprudencia Arbitral en España. Tras la modificación de 2011 de la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021 – en adelante *JA*–, nº 124.

la iniciativa para poner en marcha la maquinaria judicial procede de las partes, basándose en razones de oportunidad y conveniencia, que fijarán el objeto de su pretensión pudiendo el juez puede acoger o rechazarla, pero ha de ser congruente en el sentido de no extralimitarse del contenido de esta última. Se configura a través de un acuerdo entre las partes sobre el objeto del proceso que pone fin al litigio lo que comporta una forma de terminación “anormal” del proceso judicial¹² a través de la cual el procedimiento finalizará mediante acuerdo sin que las pretensiones sean enjuiciadas por el tribunal conforme a Derecho. Dicho acuerdo debe realizarse durante todo el proceso quedando las partes quedan facultadas para decidir sobre el objeto del pleito, salvo en aquellos casos en los que la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. Por último, el acuerdo alcanzado por las partes será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin, en coherencia con la delimitación que del principio dispositivo hace la propia LEC en su art. 19.1.º obliga al órgano jurisdiccional a resolver, tras la correspondiente deliberación, si la transacción resulta homologable o no¹³.

Ciertamente, el mecanismo natural de finalización del proceso civil es mediante sentencia dictada como consecuencia de un debate contradictorio entre las partes, lo que presupone que el conflicto per-

12 C.M. Peña Bernaldo de Quiros, *El arbitraje, la conciliación, los modos anormales de terminación del proceso (el desistimiento, la renuncia, el allanamiento, la transacción, la caducidad)*, Granada, Comares, 1991.

13 ATSJ Madrid CP 1ª 3 mayo 2027, *JAE*, nº 694: “Postura que, por cierto, es perfectamente coherente con la delimitación que del principio dispositivo hace la propia LEC en su art. 19.1.º, que, como dijimos, obliga al Tribunal a verificar si la transacción que se somete a su consideración está incurso en prohibición legal, conculca el interés general o lo es en perjuicio de tercero, pues, en tales circunstancias, legalmente previstas, no procedería autorizar dicha transacción (art. 19.1.º LEC y, entre muchos, ATS 1.ª 10 junio 2015. Es, pues, un deber de la Sala resolver, tras la correspondiente deliberación, si la transacción resulta homologable o no”.

siste hasta el final del proceso, sin embargo, el proceso puede finalizar antes de dictarse sentencia, a través de una resolución judicial (Auto) que, sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto, refleje la voluntad de las partes de poner fin al proceso, voluntad que se expresa directa o indirectamente.

6. La LEC contempló con mucho retraso la regulación de la transacción, pues hubo de esperarse a la reforma de 1984 que le dio entrada cuando, al modificar el art. 692, se estableció que el juez exhortase a las partes para llegar a un acuerdo; si se lograba, debía ser firmado por el juez, los intervinientes y el secretario, y se dispuso que dicho acuerdo debía estar ajustado a las normas generales para la validez de los contratos, así como a las reguladoras de la renuncia y la transacción¹⁴. Tras la reforma del año 2000 los arts. 19 a 25 LEC contempla la transacción al tratar del derecho de disposición de los litigantes sobre el objeto del juicio (art. 19.1º LEC). La transacción judicial es homologada por un auto del tribunal que esté conociendo del litigio (art. 19.2º LEC), tras haber examinado la “capacidad jurídica” y el “poder de disposición de las partes o de sus representantes” (art. 415.1º LEC). “El acuerdo homologado judicialmente”, sigue diciendo la ley procesal, “podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de las sentencias y convenios judicialmente aprobados” (art. 415.2º LEC)¹⁵. Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales son títulos ejecutivos (art. 517.2–3º LEC). A las alcanzadas dentro del proceso se refieren los art. 19.2º, 415.2º y 428.2º LEC; pero tales acuerdos han podido lograrse también fuera del proceso y presentarse en él para su homologación.

14 M.R. Gutiérrez Sanz, *La conciliación en la audiencia previa: análisis y técnicas para una gestión eficaz*, La Ley, Madrid, 2010.

15 MªL. Noya Ferreiro y B.J. Varela Gómez, “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 19 a 22)”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 293, 2005.

2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

7. A partir del marco legal descrito pueden extraerse los siguientes componentes de la institución estudiada:

- i) *Objeto*. El objeto de la transacción lo constituye el mismo objeto del proceso civil, es decir las pretensiones de las partes que se encuentran en conflicto. Por tanto han de considerarse aquellas normas del ordenamiento que definan qué es o qué no es disponible, o que establezcan los límites de la disponibilidad como pautas que se hayan de utilizar para discernir, en una materia concreta, si es, por disponible, susceptible de transacción (*v.gr.*, el art. 6.2º Cc, el art. 19.1.º LEC) resultando comúnmente aceptados, como límites, “el interés y el orden públicos, así como el perjuicio de terceros; las limitaciones o prohibiciones legales por razón de interés general o en evitación del perjuicio de terceros evidenciarían la indisponibilidad de la materia sobre la que recaigan”¹⁶. Dentro de estas prohibiciones o limitaciones se enmarcan los arts. 1814 Cc y 751 LEC, que sustraen del ámbito de la transacción las cuestiones relativas al estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales, las relativas a menores y las de alimentos futuros¹⁷.
- ii) *Forma*. El art. 19 LEC no exige ninguna forma predeterminada, por lo que ésta podrá realizarse dentro de las actuaciones judiciales o fuera de ellas. En el primer caso, la transacción se produciría en la audiencia previa del juicio ordinario (arts. 414.2º y 415 LEC), o al

16 STSJ Madrid CP 1ª 13 julio 2015, *JA*, nº 101.

17 Es cierto que de conformidad con el art. 6.2º Cc las partes podrán disponer de todo aquello que sea de su exclusivo interés salvo que contraríe el interés general, las leyes o perjudique a terceros. Sin embargo, el art. 1814 Cc relativo a la transacción en materia civil establece que no se podrá transigir sobre el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales o sobre alimentos futuros.

inicio de la vista en el juicio verbal. En el segundo caso, las partes pactarían lo convenido fuera del proceso, introduciendo posteriormente dicho convenio a transacción en el proceso para su aprobación judicial, tal y como exige el art. 19.2 LEC.

- iii) *Precisión temporal.* La transacción procesal siempre hace referencia al objeto de un proceso pendiente, y puede celebrarse dentro de la actividad del mismo con presencia judicial –supuesto regulado en los arts. 414 y 415 LEC– o sin presencia judicial, sometiéndose posteriormente a la aprobación del juzgador. La transacción judicial, en virtud del art. 19 LEC, tendrá lugar en los procesos judiciales pendientes aunque esta pendencia no impide a las partes transigir y disponer libremente sobre los derechos que forman su objeto. Nada impide que durante un litigio las partes puedan negociar formalmente, acudir conjuntamente a un mediador o llegar entre ellas a un acuerdo (art. 19.1º LEC) y en el caso de que las partes alcancen a dicho acuerdo estarán facultadas para disponer del objeto de la controversia, por lo que podrán instrumentarlo privadamente poniendo fin al pleito mediante renuncia a la acción o el allanamiento o el desistimiento. Y también pueden acudir al Juez que conozca del asunto con el contenido de su acuerdo tras haberlo negociado entre ellas, para pedirle que lo apruebe y dicte un auto donde se recoja el acuerdo (transacción). El art. 19.3º LEC permite la realización de la transacción en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de la sentencia (en relación con los arts. 117.3º CE y 2.1º LOPJ)¹⁸.
- iv) *Homologación judicial.* De conformidad con los arts. 19 y 415 LEC, si las partes alcanzan un acuerdo transaccional sobre lo que sea objeto del litigio puede el Juez homologarlo previa comprobación de la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica poder

18 Cf. L. Vázquez Gómez–Escalonilla, “Consideraciones generales sobre los MASC en Derecho Español”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1, 2025, pp. 47–48

de disposición de las partes, de suerte que el acuerdo homologado tendrá todos los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto. La transacción judicial es un contrato (emanado, como en todos los procedimientos mencionados hasta ahora, de la autonomía de la voluntad de las partes), que nova otros contratos o relaciones jurídicas y que se incorpora a autos mediante una resolución judicial que le da la certeza del documento público y la fuerza ejecutiva que le es propia, y cuyo contenido puede ser impugnado¹⁹. En la solicitud de la homologación deberá hacerse referencia expresa a que no perjudica el interés general ni es lesivo para el interés de terceros ni contrario a prohibición o limitación legal alguna sobre transacciones. Esta homologación se realizará por auto conforme al art. 206.2,2ª LEC, donde se identificarán las partes, los datos del proceso que da origen a la transacción y los acuerdos alcanzados en virtud de los cuales se pone fin al proceso. La transacción procesal se produce por la homologación judicial del acuerdo una vez iniciado el juicio, que adoptará forma de auto, y tiene fuerza ejecutiva (arts. 19.2º y 517.2, 3º). Para la homologación, no es preciso comprobar los requisitos de fondo de lo convenido, puesto que la ley solo permite y exige, la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica, y el poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto (art. 415 LEC). Por tanto, el juez únicamente ha de analizar para la homologación de la transacción, que la materia sobre la que versa sea disponible. Bien entendido que la homologación judicial no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes.

- v) *Efectos*: La causa final de la transacción buscada por las partes es la renuncia de su pretensión y la liberalización del derecho opues-

19 M. Fernández Ballesteros, *Avenencia o ADR. Negociación, mediación, peritajes, conciliación, pactos y transacciones*, Madrid, Iurgium, 2014.

to para obtener la renuncia de la pretensión contraria y, en consecuencia, la evitación o extinción del litigio²⁰. El efecto básico que produce la transacción procesal es la terminación del proceso iniciado sin necesidad de sentencia, pero carece del efecto de cosa juzgada, porque “la homologación judicial no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por ello el art. 1817 Cc permite la impugnación por vicios del consentimiento”. El acuerdo transaccional sustituye una relación jurídica controvertida, por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y acciones de las que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones²¹.

Deben tenerse en cuenta varios extremos de suma importancia: a) la transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos pues, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley; b) es un documento público, que se puede alegar y aportar en un pleito posterior por el actor, en caso de incumplimiento de lo convenido, para el ejercicio de una acción de cumplimiento, o de una acción resolutoria por incumplimiento, pero no evitará en ningún caso, una resolución de fondo sobre el objeto del juicio planteado, porque la transacción carece del efecto de cosa juzgada material en sentido negativo; c) el auto de homologación tampoco es una sentencia pues el Juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas

20 A. Moxó Ruano, A., “Notas sobre la naturaleza de la transacción”, *Revista de Derecho Privado*, nº 402, 1950, pp. 673–694, esp. p. 682.

21 *Vid., inter alia*, STS 5 abril 2010: “produce el efecto de sustituir una relación jurídica controvertida, por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y acciones de las que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones. De tal manera que, no se pueden plantear cuestiones que afecten a las situaciones preexistentes a la transacción, que han perdido la protección jurídica al ser transigidas” (ECLI:ES:TS:2010:1874).

de la Ley, pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes²²; d) carece del efecto de cosa juzgada material en sentido negativo²³ porque “la homologación judicial no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por ello el art. 1817 Cc permite la impugnación por vicios del consentimiento”; e) El acuerdo transaccional homologado por el juez es un inscribible, siempre que su objeto sea el propio de un convenio regulador y resulte de la documentación presentada la conexión de dicho acuerdo con una situación controvertida²⁴.

III. TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL

1. CARACTERIZACIÓN

8. La transacción extrajudicial es un acuerdo entre dos o más partes en el que dirimen sus diferencias de opinión y se comprometen a prestar determinadas prestaciones o a abstenerse de determinadas acciones y a cambio se satisfacen o abandonan las pretensiones de la otra parte. Es una operación que nace del interés de las partes de poner fin a una controversia y puede efectuarse con dos objetivos distintos: evitar un enjuiciamiento o poner término a un proceso jurisdiccional o arbitral ya iniciado. Si se lleva a cabo con anterioridad al origen del litigio y al margen del aparato jurisdiccional se acostumbra a calificar de “preprocesal”, y en caso de que se llegue al consenso las partes podrán optar mantenerlo

22 Res. DGRN 27 febrero 2017 –2ª– (BOE 16.3.2017)

23 F.J. Pelaez Sanz, *La transacción. Su eficacia procesal*, Barcelona, Bosch, 1987.

24 Recientes resoluciones de la DGSJFP han admitido la viabilidad de la inscripción. *Vid., v.gr.* Res. DGSJFP 14 octubre 2021 (BOE 12.11.2021)

como acuerdo privado *inter partes* o dotarle al acuerdo de plenos efectos a través de su elevación a escritura pública. En este último caso lleva aparejada la posibilidad de ejecución en los términos previstos en el art. 517.2.4 LEC, lo que no concurre en el supuesto anterior que, en caso de incumplimiento abre la vía de un procedimiento jurisdiccional o arbitral²⁵.

Con frecuencia se asume que el acuerdo conciliatorio es un contrato de obligación completamente bilateral (sinalagmático), si bien esta afirmación debe matizarse porque la transacción no es una pura relación obligatoria, aunque tenga un efecto obligatorio. Pero no es este en momento ni el lugar para entrar en el debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica²⁶. Baste decir que la transacción se perfecciona por el mero consentimiento de los contratantes siempre que tengan capacidad suficiente para transigir, sin necesidad de formalidades externas especiales para su validez *inter partes*²⁷. Dicho contrato es obligatorio, porque las

25 J.I. Martínez Pallarés, *La mediación civil y mercantil, en el contexto de la búsqueda de sistemas alternativos al judicial para la resolución de conflictos*, Tesis doctoral, Murcia, Digitum, 2020.

26 En la doctrina española la consideración contractual se ha impuesto. *Vid., v.gr.*, J.M^a Sanahuja, “Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción y principales cuestiones que plantea”, *Revista de Derecho Privado*, 1945, pp. 230–239; A. Gullón Ballesteros, “De las transacciones y compromisos: comentarios al Título XIII, del Libro IV”, *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991

27 SAP Málaga 4^a 12 enero 2022 “dicha bilateralidad viene acompañada del sinalagma que entraña la mentada reciprocidad, en el sentido de que las obligaciones de una de las partes son la contrapartida de la otra, produciéndose un intercambio de prestaciones o concesiones interdependientes. Así, el mecanismo esencial de la transacción consiste, pues, en la renuncia a una pretensión de una de las partes que produce la liberación de un derecho de la parte contraria y viceversa por la parte titular de ese derecho (sin una renuncia no se produce la otra) y requiere, obviamente, un concurso de declaraciones de voluntad de todas las personas que en él intervienen como partes contratantes (dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, tal y como lo expresa el art. 1809 Cc)” (ECLI:ES:APMA:2022:222).

partes, ante una relación conflictiva, deciden ponerle término, mediante la asunción de obligaciones recíprocas (art. 1088 Cc), aunque no sean equivalentes²⁸. En este caso el contrato no se incorpora al Auto que ponga fin al litigio ni tampoco se homologará por la autoridad judicial.

El contenido acordado de la transacción concluida o, si se quiere, la determinación de qué reclamaciones y puntos controvertidos se han resuelto a través de la misma debe determinarse interpretando el contrato, con aplicación de los medios y reglas de interpretación previstos en nuestro ordenamiento (arts. 1281-1289 Cc). Además de la redacción, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias, señaladamente los intereses de las partes, que permitan llegar a una conclusión sobre la voluntad de las partes implicadas. Si puede determinarse una intención real concordante de las partes, ésta será decisiva; de lo contrario, se atenderá al significado objetivo de lo declarado y, en caso de duda, los acuerdos en los que una de las partes de un convenio renuncia a derechos deben interpretarse restrictivamente²⁹.

28 V.L. Montés Penadés, “El contrato de transacción”, *Derecho de obligaciones y contratos* (R. Valpuesta Fernández, coord.), 3ª ed.. Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 841–849.

29 Recuérdese que el art. 1281 Cc señala que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Por su parte, si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. La STS Civ 1ª 9 julio 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5766) se indica al respecto que “esta Sala ha reiterado el carácter preponderante que tiene la interpretación literal frente a otros criterios, que son de aplicación subsidiaria”. *Vid.*, por todos, las lúcidas consideraciones de S. Sánchez Lorenzo, “La europeización de las reglas de interpretación de los contratos en la Propuesta de modernización del código civil español en materia de obligaciones y contratos”, *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España: incluye la propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (K.J. Albiez Dohrmann, M.L. Luisa Palazón Garrido y M. Méndez Serrano, coords.), Barcelona, Atelier, 2011, pp. 155-166.

9. La transacción es un modo de extinguir las obligaciones de carácter contractual mediante el cual las partes resuelven directamente y por mutuo acuerdo una situación jurídica dudosa contando con disponibilidad en orden a su objeto y que da lugar por las partes a concesiones recíprocas para las cuales es menester, de un lado, poseer la facultad de disponer de los derechos que se pretendan transigir y, de otro lado, ceder en sus pretensiones originales, resultando irrelevante que lo cedido por una no sea equivalente a lo cedido por la otra. Se basa en el principio general de la libertad de contratación (art. 1255 Cc), por el que las partes pueden disponer de todo aquello que tengan por conveniente, en tanto no se vulneren normas de orden público³⁰.

De acuerdo al art. 1809 Cc “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”. Dicho precepto confiere la misma naturaleza de contrato, por el cual las partes libremente manifiestan su deseo de evitar un pleito posterior, y para ello pactan dar, prometer o retener cada una de ellas alguna cosa³¹.

La probabilidad de éxito de un acuerdo extrajudicial depende en gran medida de si la oferta se ha preparado de forma profesional y se

30 A. Gullón Ballesteros, *La transacción*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1964.

31 A. Gullón Ballesteros, “Comentario a los arts. 1809 a 1819 del Código Civil, *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, Madrid, Civitas, 1991, pp. 1768–1780; J. Corbal Fernández, “Arts. 1809–1819”, *Comentario del Código civil* (I. Sierra Gil de la Cuesta, coord.), t. 8º. *Arts. 1790 al 1902*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 84–153; A. Carrasco Perera, “Arts. 1809 al 1819”, *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz Rodríguez–Cano, coord.), Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, pp. 2040–47; I. Viola Demestre, *El contrato de transacción en el Código Civil*, Madrid : Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2003; F.A. Rodríguez Morata, “Comentarios a los arts. 1809 a 1819 del Código civil”, *Comentarios al Código civil* (R. Bercovitz, dir.), t. 9, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 12196–12243.

ha respaldado con los argumentos adecuados. Los intentos de acuerdo privados no siempre se ven coronados por el éxito, por eso los abogados puedes desempeñar un papel importante asesorando a las partes o ayudándolas a representar sus intereses y proteger sus derechos, también puede revisar los términos legales del acuerdo y asegurarse de que se tienen en cuenta todos los puntos importantes de la concreta controversia.

2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

10. Con carácter muy general podemos referirnos a los elementos constitutivos de la transacción

- i) *Sujetos*: Únicamente pueden prestar consentimiento a la transacción quienes en concreto pueden disponer del objeto de la misma, lo que implica su plena capacidad sobre los bienes comprendidos para poder realizar los actos de disposición correspondientes. Ello supone que los transigentes ostenten la titularidad de esa cosa o derecho, por lo que no cabe transacción sobre cosa ajena, toda vez que no es posible que en relación a ella exista litigio o controversia, el que sería irrelevante para el patrimonio del verdadero titular de la cosa o derecho transigido. El Cc se limita a establecer reglas para situaciones concretas: a) el art. 1810 Cc, determina que para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo la patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos; b) el art. 1811 Cc, establece que el tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código; y, c) el art. 1812 Cc, dispone que las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes.
- ii) *Objeto*. El objeto de la transacción es eliminar una controversia o incertidumbre acerca de una relación jurídica existente, convirtiendo

una situación jurídica incierta³² (*v.gr.*, si las partes no tienen claro su existencia, continuación, contenido, alcance o exigibilidad) o controvertida entre las partes en “cierta e indiscutible”. Puede referirse a cualquier relación jurídica (aunque sólo sea supuesta) que esté bajo el control de las partes que sea controvertida o incierta en el momento de la celebración del acuerdo. También puede contener acuerdos (promesas de cumplimiento o disposiciones) que tengan efectos a favor de terceros dentro de los límites de lo legalmente permisible.

Evitar un proceso judicial o arbitral, o poner fin al ya iniciado, cuando por la autonomía de la voluntad, los contendientes resuelven su conflicto, siempre que éste sea disponible (art. 1814 Cc), es el objetivo previsto. La controversia susceptible de transacción será aquella equivalente a la que pone en marcha un procedimiento judicial o arbitral (*v.gr.*, resolver el contrato de compraventa), debiendo recaer sobre un objeto que sea cierto, real o posible, determinado o susceptible de determinación y que esté dentro del lícito comercio (arts. 1271 a 1273 Cc). La transacción extraprocésal ofrece dos variantes al comprender aquella que se realiza al margen del proceso y cuya finalidad es evitar que éste llegue a iniciarse, y la que, desarrollada al margen de un proceso ya iniciado, carece de efectos dentro del mismo, aunque puede provocar su terminación anticipada por desistimiento o caducidad de la instancia³³. También puede darse el caso de que las partes alcancen una transacción extrajudicial cuando alcancen a un acuerdo a través de la negociación o la mediación.

La noción la transacción es de interpretación estricta en cuanto se refiere a su objeto, que ha de estar “expresado determinadamente” o

32 La STS 1ª 26 noviembre 2010 (ECLI:ES:TS:2010:7562) dispone que “la transacción comporta en sí misma una negociación entre las partes partiendo de una situación de incertidumbre que haga posible obtener ventajas mediante la realización de recíprocas concesiones”.

33 MªL. Noya Ferreiro y B.J. Varela Gómez, *loc. cit.*, p. 8.

inducirse necesariamente de los términos empleados”³⁴. Ante el silencio legal, se entiende que el objeto de la transacción comprende todas las cosas o derechos susceptibles de transmisión, precisando tan sólo el Código civil que se puede transigir por lo que se excluyen las cuestiones relativas al estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros (arts. 813 y 814 Cc). También quedan fuera los actos dispositivos que contraríen normas imperativas y prohibitivas (art. 6.3º Cc) teniendo en cuenta que la renuncia de derechos no puede contrariar el interés o el orden público, ni perjudicar a terceros (art. 6.2º Cc), y en consecuencia con ello, no cabe atribuir valor jurídico a las transacciones que rebasando tales límites recaen sobre derechos sustraídos a la libre disponibilidad de las partes. Por ello es nula la transacción sobre la legítima futura (art. 816 Cc), siendo válida, pues, la efectuada, con posterioridad a que la sucesión se haya causado.

- iii) *Forma*. La transacción no está sometida a una forma específica, siendo aplicables en esta materia las normas generales de los contratos, en particular, el rige el principio general contenido en el art. 1278 Cc que establece que los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez. No obstante ha de tenerse en cuenta el objeto sobre el que recayera de la transacción (así, para su acceso al Registro de la Propiedad por afectar a derechos inmobiliarios, será necesaria la escritura públi-

34 STS 1ª 7 julio 2006 (ECLI:ES:TS:2006:4617). Dicha decisión añade que “en el art. 1815 I Cc se presenta ‘un precepto interpretativo especial’ (Sentencia 30 enero 1999) que ordena una limitación de los criterios hermenéuticos, en el sentido de que la interpretación ha de referirse a las palabras o términos utilizados, pero esa limitación se reduce al objeto de la transacción, es decir, a la controversia o disputa, pero a nada más, pues la regla restrictiva no alcanza a las estipulaciones del contrato transaccional, que ha de ser objeto de interpretación según los arts. 1281 a 1289 Cc”.

- ca). Señala, por otra parte, el art. 1815 Cc que la transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma y que la renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción. Tal norma, sin embargo, no excluye la aplicación supletoria de las normas generales sobre interpretación de los contratos contenidas en los arts. 1281 ss Cc.
- iv) *Efectos*. La transacción extrajudicial al propiciar funciones de auto-composición dentro del ámbito de autonomía privada de la voluntad de las personas precisa que debe garantizar que sus efectos jurídicos sean respetados por las partes. Dispone el art. 1816 Cc que la misma tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada, por lo que no les es dable, para evitar su cumplimiento, exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional que ha de ser respetado con absoluto y escrupuloso cumplimiento de las obligaciones asumidas³⁵. De esta suerte, la *exceptio pacti* o excepción de transacción vincula al órgano jurisdiccional del posterior proceso cuando concurren los mismos elementos subjetivos y objetivos de la dicha cosa juzgada material, aunque no pueda identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las Sentencias firmes³⁶. Ahora bien, ello no puede

35 *Vid.*, por todas, STS 1ª 12 mayo 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2114)

36 STS Pleno 11 abril 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1238): “ha de entenderse e interpretarse en el sentido de que una vez acordada la transacción, no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional, sino que será éste, y solo él, quien regule las relaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren ésta la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas, y por ende, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nue-

impedir, a diferencia de lo que ocurriría con una sentencia judicial la posibilidad legal de impugnar la transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documento³⁷.

11. Las ventajas de este tipo de acuerdo residen en el hecho de que la controversia se resuelve de forma concluyente sin incurrir en elevados gastos judiciales o arbitrales y de abogados, y ambas partes contratantes pueden ahorrarse el tiempo y los problemas asociados a los procedimientos judiciales. Sirve eficazmente para resolver un supuesto específico y no tiene ningún efecto sobre futuras disputas legales entre las partes contratantes, ni siquiera en casos comparables. Las transacciones que se refieren a relaciones en el marco del Derecho de obligaciones revisten una especial importancia práctica, por ejemplo, las controversias de carácter contractual (comunidad en propiedad horizontal), pero también se suscitan en otros sectores como el sucesorio (reclamación de la legítima u otros derechos legales), responsabilidad extracontractual (accidentes), o procedimientos de insolvencia (el acuerdo extrajudicial de pagos ofrece un alivio de la deuda al acordar con sus acreedores el reembolso de una parte de la deuda). Veamos dos ejemplos concretos:

va situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en la transacción, pero sin que esto quiera decir que tales obligaciones, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, se rijan por normas distintas a las establecidas con carácter general, ya que eso requeriría un precepto legal de excepción que la ley no establece, ni se deduce de sus preceptos”.

- 37 La jurisprudencia reconoce que los mismos elementos subjetivos y objetivos que delimitan la cosa juzgada material, delimitan también la excepción de transacción, con idéntica consecuencia de vincular al órgano jurisdiccional del posterior proceso, bien en su aspecto negativo de impedir una nueva decisión sobre el fondo, bien en su aspecto positivo de condicionarla. *Vid.* I. Tapia Fernández, “Transacción y cosa juzgada. Legitimación de los Colegios Profesionales (Comentario a la sentencia del T. S., Sala la de 20 de abril de 1989)”, *Revista General del Derecho*, 1990, pp. 49–62; S. Tamayo Haya, “La transacción: sus principales caracteres y efectos”, *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, vol. II, Departament de Dret civil, Universitat de València, 1996, pp. 787– 823

- i) Frecuentemente las partes liquidan créditos cuya existencia o cuantía es discutida o incierta entre ellas. La situación jurídica deseada, cierta e indiscutible, se establece por ejemplo mediante el reconocimiento por el deudor del crédito reclamado por el acreedor por un importe determinado (reconocimiento de deuda), mientras que el acreedor renuncia a un crédito adicional (reconocimiento negativo de deuda) o concede alguna otra ventaja (*v.gr.*, una transacción en forma de aplazamiento o promesa adicional de cumplimiento) en caso de reconocimiento íntegro de su crédito. El reconocimiento de deuda y la renuncia, que pueden incluirse en una transacción, también pueden formularse de tal manera que su redacción se refiera a un hecho (por ejemplo, el valor de un objeto dañado). Tienen como efecto que en el futuro se adeude la cantidad, y sólo esa cantidad, que las partes hayan acordado. En la medida en que el crédito reconocido no existía, su reconocimiento tiene el efecto de establecer la deuda; a la inversa, sin embargo, el crédito se extingue en la medida en que el acreedor renunciante se satisface con menos de lo que se le debía anteriormente.
- ii) En un litigio por daños y perjuicios confluyen dos o más intereses contrapuestos de Derecho privado; por ejemplo, una parte quiere recibir dinero y la otra se niega a pagar nada, surge una horquilla entre “no pagar nada o pagarlo todo”, por lo que la utilidad de la transacción reside en encontrar una solución con la que ambas partes estén de acuerdo.

12. Ejemplos como los anteriores muestran la esencia del acuerdo extrajudicial. Es deseable si se quiere evitar un procedimiento judicial o arbitral, no iniciar procedimiento alguno o resolver de otra manera, si es posible, un procedimiento ya iniciado. Y dentro de las razones que justifican esta actitud figura, en primer lugar, el riesgo de coste del litigio; y, a su lado el llamado “efecto precedente” de una sentencia o de un laudo en el caso de que se decreta que alguien está obligado a pagar una indemnización en una determinada situación indicando responsabilidad también frente a otras partes afectadas en situaciones similares que aún no han presentado una demanda.

Precisamente ese carácter recíproco inherente a esta figura la diferencia de otras como la renuncia, el allanamiento, o el reconocimiento unilateral. Y, por descontado, la diferencia del mismo arbitraje toda vez que el contenido del laudo arbitral, pronunciado por un tercero ajeno al litigio, puede reconocer la razón íntegramente a cualquiera de las partes, mientras que en la transacción es esencial para que exista que cada una de las partes den, prometan o retengan alguna cosa.

La transacción produce el efecto de sustituir una relación jurídica controvertida, por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y acciones de las que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones; se modifica, pues, la situación anterior, por la creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas preexistentes³⁸. De tal manera que, “no se pueden plantear cuestiones que afecten a las situaciones preexistentes a la transacción, que han perdido la protección jurídica al ser transigidas”³⁹.

También puede operar si existe un procedimiento arbitral (art. 36.1º LA) o jurisdiccional pendiente. En este último caso 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. 19.1º LEC modificado por la Ley 5/2012, de 6 de julio), aunque tal facultad está limitada no sólo por el art. 1814 Cc sino también por el interés u orden público y el perjuicio para tercero (art. 6.2º Cc)⁴⁰. En todo

38 Desde hace años se viene insistiendo en el carácter no modificativo (constitutivo) sino dispositivo de la transacción *vid.* A. Moxo Ruano, “Notas sobre la naturaleza de la transacción”, *Revista de Derecho Privado*, t. XXXIV, 1950, pp. 673–694; F.J. Peláez, *La transacción: eficacia procesal*, Barcelona, J.M. Bosch, 1987, pp. 102–102.

39 *Inter alia*, STS 1ª 5 abril 2010 (ECLI:ES:TS:2010:1874).

40 *Inter alia*, SAP Almería 3ª 25 abril 2008 (ECLI:ES:APAL:2008:190A).

caso nos hallamos ante una autocomposición de intereses, sin necesidad de intervención de terceros.

IV. TRANSACCIÓN EN EL ARBITRAJE

1. ACUERDO DE LAS PARTES Y EVENTUAL PAPEL PROACTIVO DE LOS ÁRBITROS

13. Es dable que las partes renuncien expresamente al convenio arbitral acudiendo directamente al concurso de la justicia estatal. La terminación normal de las actuaciones arbitrales se produce con la firma del laudo definitivo pero, a menudo, los procedimientos arbitrales no terminan con un laudo sino que las partes llegan a un acuerdo en las negociaciones de transacción, en ocasiones con la potencial asistencia del tribunal arbitral.

La experiencia demuestra que, en no pocos casos, el hecho mismo de plasmar por escrito conjuntamente las partes en el Acta de Misión (o documento equivalente) sus respectivas pretensiones es el camino más eficaz para una transacción. No en vano, la elaboración de un documento de este tipo bajo la autoridad de los árbitros suele ser el comienzo de un entendimiento que hasta aquel momento era imposible entre las partes. En efecto, la constancia en un documento de las de pretensiones de las partes que, en muchas ocasiones, implica una aproximación de las mismas⁴¹, puede ser un buen momento para un comienzo que puede conducir a una transacción propiciada por el mismo inicio del procedimiento arbitral.

41 D. Hascher, “Principes et pratique de procédure dans l’arbitrage commercial international”, *Recueil des Cours*, t. 279, 1999, pp. 51–104, esp. p. 85.

14. Substancialmente en el marco del arbitraje administrado por ciertos centros, los árbitros han adquirido un papel cada vez más importante para lograr un proceso arbitral eficiente dentro del denominado “papel proactivo” en la resolución amistosa del conflicto⁴². Cabe en efecto la posibilidad de que el tribunal arbitral pueda sentirse compelido a planteamientos que generen esa actitud en las partes favorables a una transacción⁴³. Ya he considerado en otro lugar⁴⁴ que concentrar en una misma persona con carácter sucesivo la mediación y el arbitraje (*med-arb*), combinando las virtudes de ambos mecanismos, “puede” ser una operación rentable para resolver los conflictos ofreciendo ventajas reales a los clientes, como la reducción de costes, la resolución segura del conflicto en un plazo razonable y un mayor control del cliente sobre el proceso de resolución del litigio⁴⁵. Además si se alcanza la transacción, puede registrarse como un laudo por acuerdo de las partes y alcanzar carácter ejecutivo⁴⁶.

42 H. Crowter, “The Pro-Active Arbitrator”, *Arbitration*, vol. 64, n° 2, 1998, pp. 88-92; G. Aksen, “On Being a Pro-Active International Arbitrator”, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel* (R. Briner y otros, eds), Coloniaq, Heymanns, 2001, pp. 13-19.

43 J. Jiménez Ugarte, “Interacción entre mediación y arbitraje en Cortes e instituciones internacionales”, *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XXI* (A. Fernández Pérez, coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021, p. 204.

44 J.C. Fernández Rozas, “El paradigma de la eficiencia en el arbitraje comercial internacional”, *Anuario de Arbitraje*, 2022, pp. 295-384, esp. 312-314.

45 Th. Brewer y L.R. Mills, “Combining mediation and arbitration”, *Disp. Res. J.*, vol. 54, n° 4, 1999, pp. 32-39; W.H. Ross y D.E. Conlon, “Hybrid Forms of Third-Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration”, *The Academy of Management Review*, vol. 25, n° 2, 2000, pp. 416-427.

46 A. Fernández Pérez, “Laudo por acuerdo de las partes”, *El arbitraje y la buena administración de la justicia*, op. cit., pp. 87-123. Vid., *inter alia*, AAA, “Code

La intervención de los árbitros en las operaciones de conciliación ha sido fuente de debate tanto para los académicos como para los profesionales del arbitraje, ya que el papel del tribunal arbitral cambia en función de la voluntad de las partes y de la formación jurídica de los participantes en este mecanismo de arreglo de controversias. No en vano, la importancia del papel proactivo de los árbitros en el procedimiento de arbitraje como facilitadores de negociaciones tendentes a un acuerdo repercute directamente en el coste del conflicto. Bien entendido que para tales operaciones los árbitros deben obtener el consentimiento expreso de las partes antes de cualquier intento de promover la resolución del conflicto, siendo recomendable que el acuerdo se recoja en un escrito detallado para dejar constancia del consentimiento de las partes renunciando a cualquier objeción posterior por esta circunstancia⁴⁷. Ahora bien, admitiendo que una misma persona actúe como árbitro y mediador para resolver una controversia pueda ser un medio eficaz de resolución de conflictos, debe reconocerse que entraña ciertos riesgos por la eventual supresión de derechos procesales⁴⁸ y puede ser una fuente de problemas susceptibles, en caso de no llegarse a un acuerdo, de poner en peligro el procedimiento de arbitraje o la ejecutabilidad del laudo arbitral⁴⁹. La práctica de esta doble

of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes”, 2004, Canon IV, h), i); IBA, “Directrices sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional”, 2014; Nota explicativa sobre la Norma General 4; CNUDMI, “Notas sobre la organización del proceso arbitral”, 2016, n° 72; art. 9 Reglas de Praga 2018.

- 47 CIArb Guideline 14 The Use of Mediation in Arbitration (2021) donde se valora el uso de la mediación en el contexto de los procedimientos de arbitraje, identificando las cuestiones jurídicas y prácticas que pueden surgir, señalando posibles opciones y soluciones.
- 48 M. Goodrich, “Arb–Med: Ideal Solution or Dangerous Heresy?”, *Int’l Arb. L. Rev.*, vol. 15, n° 1, 2012, pp. 12–19; E. Deason, “Combinations of Mediation and Arbitration with the Same Neutral: A Framework for Judicial Review”, *Yearb. Arb & Mediation*, 2013, pp.219–249.
- 49 Si el ADR previo al arbitraje no conduce a un acuerdo, es más que posible que una parte intente impugnar un laudo arbitral posterior por motivos de orden

función, mediadora y arbitral, por parte del árbitro, si no se desarrolla con todas las garantías para las partes puede dar lugar, como se ha indicado, a su recusación si las partes no han renunciado a esta posibilidad.

No puede negarse que existe una tendencia abrumadora en la práctica arbitral no sólo a considerar esta posibilidad, sino que apunta a sus fortalezas⁵⁰. Baste referirse a las “Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral de 2016”⁵¹ o a la redacción del Reglamento de Arbitraje de la Corte de la CCI, vigente desde el 1 de enero de 2021

público, sobre la base de alguna supuesta irregularidad o falta de proceso debido en la fase previa al arbitraje. Resulta expresiva la Sentencia de la *Hong Kong Court of First Instance*: Reyes J in Chambers: HCCT No.41 of 2010: 12 April 2011 (*Gao Haiyan v Keeneye Holdings Ltd*). Esta decisión consideró que si bien “no hay nada malo en principio con el arb-med”, dicho proceso tropieza con “dificultades evidentes”, especialmente en términos de la posibilidad de una apariencia de parcialidad, insinuando que el árbitro tiene que pisar una línea muy fina y ser muy cuidadoso para no transmitir a una u otra parte la impresión de favorecer el caso de cualquiera de las partes, y sería importante que condujera la mediación de manera formal y adecuada, a diferencia de lo que se hizo en el presente caso [https://www.onlinedmc.co.uk/index.php/Gao_Haiyan_v_Keeneye_Holdings >].

- 50 H. Tang, “Combination of Arbitration with Conciliation: Arb-Med”, *New horizons in international commercial arbitration and beyond*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 547–555; J. Rosoff, “Hybrid efficiency in Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role Arbitrators in Med-Arb and Arb-Med proceedings”, *J. Int’l Arb.*, vol. 26, n° 1, 2009, pp. 89–100.
- 51 Según el ap. 12 de su párr. 72: “En las circunstancias apropiadas, el tribunal arbitral puede plantear la posibilidad de que las partes celebren una transacción. En algunas jurisdicciones, la legislación de arbitraje permite que un tribunal arbitral facilite una transacción con el acuerdo de las partes. En otras, solo se permite a los tribunales arbitrales plantear la posibilidad de que se celebre una transacción sin la intervención del tribunal. Cuando la legislación de arbitraje aplicable permita al tribunal arbitral facilitar una transacción, el tribunal arbitral también puede, si así lo solicitan las partes, guiarlas o asistirles en sus negociaciones. Algunos reglamentos de arbitraje prevén la posibilidad de que el tribunal arbitral facilite la transacción”.

donde frente al enunciado anterior que expresaba que los árbitros podían “informar a las partes [de] que son libres de solucionar la controversia, total o parcialmente, ya sea por medio de negociación o a través de cualquier forma amistosa de resolución de disputas”, se afirma que pueden “*alentar a las partes a sopesar la transacción* de todo o parte de la disputa mediante la negociación o a través de cualquier forma amistosa de resolución de disputas”⁵².

2. LAUDO POR ACUERDO DE LAS PARTES

15. No todo procedimiento arbitral concluye con un laudo pues la amplia autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje permite a las partes desistir del arbitraje, suspenderlo por un determinado plazo o extinguir el convenio por mutuo disenso. Precisamente una de las ventajas de este procedimiento de arreglo de controversias consiste en las posibilidades de que a lo largo de su desarrollo se llegue a una conciliación paralela, que ponga fin a la controversia, o que las partes alcancen una transacción con idéntico resultado⁵³. La práctica arbitral acredita que no

52 Cf. apartado h.i del Apéndice IV del Reglamento. En la misma línea apuntan los arts. 15.8° del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional (SCAI) y 26 del Reglamento del Instituto Alemán de Arbitraje (DIS). Una ponderada propuesta acerca de cómo sobrellevar con éxito la labor facilitadora de los árbitros se halla en el trabajo de la Comisión sobre Transacción en Arbitraje Internacional constituida por el *Center for Effective Dispute Resolution* (CEDR) de Londres. En 2009 emitió un Informe Final que recoge una serie de recomendaciones acerca de lo que los tribunales arbitrales sí deben y no deben hacer a la hora de incentivar a las partes a alcanzar un acuerdo transaccional en el seno del arbitraje. Vid. B. Piñar Guzmán, “Las soluciones más convincentes a los problemas más acuciantes en la interacción entre arbitraje y mediación”, *Interacción entre mediación y arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 193–202, esp. p. 194–195.

53 Como pusiera de relieve A. Fernández Pérez “Resulta muy frecuente, como demuestran las estadísticas ofrecidas por las instituciones arbitrales y las en-

existe unanimidad acerca de la conveniencia o inconveniencia de que durante el procedimiento el tribunal arbitral propicie e, incluso, impulse la posibilidad de un acuerdo entre las partes que ponga fin al litigio. La respuesta ha de ser mesurada en el sentido de que el tribunal arbitral debe limitarse a sugerir con cautela la apertura de negociaciones, lo cual no es obstáculo para que dicho tribunal proyecte sus actuaciones con el propósito de facilitar la apertura de negociaciones para llegar a un acuerdo, o su continuación; incluso en algunos reglamentos de arbitraje se establece que el tribunal arbitral procure en todo momento del procedimiento que se alcance un arreglo amistoso del litigio o de puntos litigiosos concretos. La finalidad de esta orientación es incluir la figura que estamos estudiando como una forma de terminación no contradictoria de las actuaciones arbitrales que tiene como marco temporal el periodo que media entre el inicio de las actuaciones arbitrales y el momento inmediatamente anterior al pronunciamiento del laudo final.

De esta suerte, de decisión de poner fin al arbitraje por acuerdo de las partes a través de un laudo es una de las ventajas que depara la vía arbitral frente a la jurisdiccional, pues no sólo pone fin a la controversia, prescindiendo de los *árbitros* sino que concluye el litigio de una manera querida por las partes. Es una situación que se produce con mucha frecuencia en la práctica como demuestran las estadísticas ofrecidas por las instituciones arbitrales y que se valora como una de las grandes conquistas del procedimiento arbitral frente al judicial. Para que la transacción sea efectiva es menester que se den una serie de requisitos, en esencia, que el procedimiento arbitral aún no haya concluido, que las partes hayan llegado a un acuerdo sobre la controversia que han sometido a arbitraje, en principio, sin la intervención del árbitro y,

tidades evaluadoras de la práctica, que durante el procedimiento arbitral las partes lleguen a un acuerdo que resuelva el litigio sustituyendo la decisión de los árbitros. Es algo que se valora como una de las grandes conquistas del procedimiento arbitral frente al judicial". Cf. "Laudo por acuerdo de las partes", *loc. cit.*, p. 88.

en última instancia, que comuniquen de común acuerdo a éste la terminación de su misión⁵⁴.

16. Requiere transacción, bien entendido, la existencia de un acuerdo de los sujetos protagonistas de la controversia que debe plasmarse, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivos para oponerse, en una resolución que revestirá la forma de laudo. Así concebida, la transacción implica un elemento volitivo común que se instrumenta en un negocio jurídico derivado directamente del acuerdo de las partes por el que éstas ponen fin al procedimiento arbitral ya iniciado. Posee, pues, un contenido eminentemente contractual y hay que referirla a todo convenio dispositivo por medio del cual, y mediante recíprocas prestaciones y sacrificios, se eliminan pleitos pendientes y futuros y también la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica que, mediante pacto, pasa a revestir una configuración cierta y vinculante; de esta suerte, la transacción es fuente de una relación jurídica nueva y provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación. Por esta razón la transacción puede impugnarse utilizando las acciones de nulidad por las causas que invalidan los contratos a través del correspondiente procedimiento ante la jurisdicción estatal. Se traduce así en un acuerdo de voluntades, total o parcial, por el que se resuelve la controversia y que requiere que sea aceptado en su integridad por las partes involucradas en el proceso arbitral y que sea redactado por escrito. Dicho acuerdo deberá comunicarse al árbitro o al

54 E. Bertrand, “Sur le bon usage des sentences d’accord parties”, *ASA Bull.*, vol. 24, n° 1, 2006, pp. 13– 25 ; R.H. Kreindler, “Transaction et arbitrage dans le cadre du règlement d’arbitrage de la CCI ”, *Bulletin de la Cour internationale d’arbitrage* 9/N°2–novembre 1998; G. Lörcher, “Enforceability of agreed awards in foreign jurisdictions”, *Arb. Int’l*, vol. 17, n° 3, J.M. Tchakoua, J.M.: “Le statut de la sentence arbitrale d’accord parties : les limites d’un déguisement bien utile” *RDAI/IBLJ*, n°7, 2002; J.M. Júdece, “Reflexiones sobre la construcción de una buena sentencia arbitral”, *Arbitraje internacional. Pasado, presente y futuro. Libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*, t. II, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2013, pp. 1397–1409, esp. p. 1397.

tribunal arbitral para que pongan fin a sus actuaciones, aunque estos últimos podrán manifestar por escrito si aprecian algún motivo de oposición y, caso, contrario, el acuerdo adoptará la forma de laudo.

Es una situación que se origina con mucha frecuencia en la práctica como demuestran las estadísticas ofrecidas por las instituciones arbitrales y que se valora como una de las grandes conquistas del procedimiento arbitral frente al judicial. Para que la transacción sea efectiva es menester que se den una serie de requisitos, en esencia, que el procedimiento arbitral aún no haya concluido, que las partes hayan llegado a un acuerdo sobre la controversia que han sometido a arbitraje, en principio, sin la intervención del árbitro y, en última instancia, que comuniquen de común acuerdo a éste la terminación de su misión. Algunas legislaciones conceden al árbitro la posibilidad de oponerse a la terminación del procedimiento, pero debe alegar una causa fundada. Si acontecen todas esas circunstancias el árbitro dictará un laudo en el que hará constar tal carácter y que posee la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio (art. 30.2º LMU).

17. Generalmente las legislaciones y reglamentaciones arbitrales se adhieren a esta eventualidad siendo significativo que algunas, ciertamente muy pocas, guarden silencio sobre la posibilidad que el arbitraje concluya sin laudo.

El art. 30.1º LMU, considera la transacción como un supuesto de terminación anticipada del procedimiento arbitral en el sentido de que

“Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes”.

Por su parte, el art. 36 LA/2003 también contempla el Laudo por acuerdo de las partes.

- “1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes.
2. El laudo se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente [Plazo, forma, contenido y notificación del laudo] y tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio”⁵⁵.

Por consiguiente, el laudo se dictará con arreglo a lo dispuesto en el art. 37 LA, su justificación es emanación del poder de disposición de las partes sobre el objeto de la controversia, y únicamente una causa jurídica fundada permite a los árbitros rechazar esa petición discrecional⁵⁶.

Finalmente, por citar un ejemplo concreto, el art. 40 del Reglamento de procedimiento del Tribunal Arbitral de Barcelona dispone que

55 A. Hierro y R. Hinojosa, “Art. 36. Laudo por acuerdo de las partes”, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje* (J. González Soria, coord.), 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2011; S. Barona Vilar, “Art. 36”, *Comentarios a la Ley de arbitraje* (S. Barona Vilar y otros, dirs), 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 1485–1501.

56 STSJ Madrid CP 1ª 25 junio 2012: “Además del laudo la Ley ha previsto otras posibilidades de finalización del procedimiento arbitral (...). La fórmula más frecuente de terminación anticipada es el mutuo acuerdo de las partes, que suscitaron la controversia o el procedimiento arbitral de tal forma que prevalece el carácter dispositivo contenido en la voluntad conjunta o concorde de las partes, en poner fin anticipadamente al proceso arbitral, cuando dejando a un lado la posibilidad del laudo, se alcanza un convenio sobre la cuestión litigiosa o controvertida inicialmente ante la institución arbitral. Prevalece el carácter dispositivo lo que permite a las partes poner fin anticipadamente al proceso arbitral, cuando dejando a un lado la posibilidad del laudo se alcanza un convenio sobre la cuestión litigiosa o controvertida” (*JA*E, nº697 B).

“Si durante el procedimiento arbitral las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los/as árbitros/as darán por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos convenidos y, si ambas partes lo solicitan y los/as árbitros/as no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes”.

El sentido de estas disposiciones es incluir la figura que estamos estudiando como una forma de terminación no contradictoria de las actuaciones arbitrales que tiene como marco temporal el periodo que media entre el inicio de las actuaciones arbitrales y el momento inmediatamente anterior al pronunciamiento del laudo final.

18. Veamos por separado alguno de los apartados más importantes del acuerdo transaccional que estamos estudiando:

- i) *Características del acuerdo*: La transacción requiere la existencia de un acuerdo de los sujetos protagonistas de la controversia que debe plasmarse, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivos para oponerse, en una resolución que revestirá la forma de laudo. Así concebida, la transacción implica un elemento volitivo común que se instrumenta en un negocio jurídico derivado directamente del acuerdo de las partes por el que éstas ponen fin al procedimiento arbitral ya iniciado. Posee, pues, un contenido eminentemente contractual y hay que referirla a todo convenio dispositivo por medio del cual, y mediante recíprocas prestaciones y sacrificios, se eliminan pleitos pendientes y futuros y también la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica que, mediante pacto, pasa a revestir una configuración cierta y vinculante; de esta suerte, la transacción es fuente de una relación jurídica nueva y provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación..
- ii) *Voluntad recíproca de las partes*: Como una garantía a la seguridad jurídica para que la transacción adopte forma de laudo la petición

debe ser hecha de conformidad por las dos partes, no siendo suficiente que una de ellas lo solicite. Ello no significa que la petición formal provenga de una de las partes si consta fehacientemente y de forma documental la voluntad de la otra.

- iii) *Carácter obligatorio o facultativo*: Queda dentro de las facultades del tribunal arbitral acceder a la solicitud de transacción, no obstante, algunas legislaciones conceden al árbitro la posibilidad de oponerse a la terminación del procedimiento, pero debe alegar una causa fundada. Si acontecen todas esas circunstancias el árbitro dictará un laudo en el que hará constar tal carácter y que posee la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio
- iv) *Especial procedimiento de impugnación*: la transacción puede impugnarse utilizando las acciones de nulidad por las causas que invalidan los contratos a través del correspondiente procedimiento ante la jurisdicción estatal. Se traduce, pues, en un acuerdo de voluntades, total o parcial, por el que se resuelve la controversia y que requiere que sea aceptado en su integridad por las partes involucradas en el proceso arbitral y que sea redactado por escrito. En todo caso, para evitar cualquier vía de impugnación el árbitro debe asumir un rol proactivo para garantizar que no sea posible rectificar el acuerdo adoptado
- v) *No necesidad de motivación*: El art. 37.4.º LA/2003 exigía que el laudo fuese “siempre” motivado, salvo que se hubiese adoptado por acuerdo de las partes, pero la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la LA/2003 suprimió la expresión “salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa» por lo que se descarta la posibilidad de que las partes puedan decidir sobre este particular⁵⁷, con la salvedad de que

57 STSJ Galicia CP 1.ª 2 mayo 2012: “La motivación es necesaria y obligada en todo caso, salvo la excepción a la que se refiere el último inciso del primero de los

se trate de un laudo por acuerdo de las partes regulado en el art. 36 y teniendo en cuenta, por descontado, la prevalencia del art. VIII de la Convención de Ginebra de 1961.

- vi) *Carácter de cosa juzgada*: Dado que no todos los acuerdos se cumplen después voluntariamente, las legislaciones nacionales sobre arbitraje, al igual que otras legislaciones nacionales sobre arbitraje, prevé una posibilidad para que las partes puedan ejecutar forzosamente las obligaciones acordadas en la transacción: el laudo arbitral con redacción acordada. Por esto nuestra legislación establece que la fuerza de cosa juzgada cuando una parte tiene la intención de oponerse a la autoridad de *res judicata* de la transacción para evitar que la otra parte intente poner en marcha un nuevo litigio.

3. TRANSACCIÓN QUE PRETENDE PONER FIN A UN PROCESO DE ANULACIÓN DE UN LAUDO

19. Junto a las anteriores opciones no debe descartarse la disposición de las partes para negociar un arreglo después de la emisión del laudo. La práctica habitual es que la parte perdedora cumpla los laudos, registrando las estadísticas un alto grado de observancia en su ejecu-

preceptos citados [art. 37 LA]. Si bien esta necesidad, no obstante el paralelismo entre sentencia y laudo a la vista de la dicción del art. 43 LA, no nace directamente de lo establecido en el art. 120.3.º CE, referido exclusivamente a las sentencias, no será preciso insistir en que la motivación, como antídoto al servicio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3.º CE), en la medida en que el laudo lleva aparejada, igual que una sentencia firme, acción ejecutiva (arts. 44 LA y 517.2.º LEC), es un pilar básico del Estado de Derecho y por lo tanto, cuestión de orden público constitucional regulada en normas imperativas de ineludible cumplimiento para todo árbitro cuya resolución de fondo es, por lo demás, inapelable” (JAE, n.º 664 B).

ción⁵⁸, sobre todo en el ámbito internacional, donde la ejecutabilidad de los laudos a través de la Convención de Nueva York evidencia que la controversia se resolverá de forma completa y final a través de un laudo ejecutable, proporcionando así la necesaria seguridad jurídica⁵⁹. Incluso existe un mercado creciente de compraventa de laudos arbitrales, mediante el cual los demandantes pueden monetizar los laudos a su favor sin incurrir en el riesgo y el costo de la ejecución⁶⁰.

Sin embargo, tras producirse la terminación normal del procedimiento arbitral, concretada con el laudo, resulta frecuente que se produzca una aproximación entre las partes que evite el tiempo y los costos inherentes a un procedimiento de anulación o de ejecución ante la jurisdicción nacional o extranjera. Como ha puesto de manifestó A. Fernández Pérez, es una práctica que cuenta con importantes manifestaciones en el arbitraje internacional aportando nuevas oportunidades a las empresas para encontrar soluciones a sus conflictos, desarrollar nuevas oportunidades y alianzas y mantener las relaciones comerciales recíprocas. Para ello pueden poner en marcha una transacción posterior y alcanzar un acuerdo que modifique el contenido del laudo alterando las condiciones

58 Consejo General del Poder Judicial, Ejecuciones de laudos arbitrales – España [<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=20&anio=2021&territorio=Espa%C3%B1a&proc=Ejecuciones%20de%20laudos%20arbitrales>].

59 Contra una imagen deliberadamente renuente, el laudo arbitral es tan efectivo y ejecutable como una sentencia judicial. Resulta sumamente elocuente resaltar que en el arbitraje internacional los laudos se cumplen en un porcentaje muy elevado de los casos; según parece, los laudos emanados de Corte Internacional de Arbitraje de la CCI se acatan voluntariamente por la parte condenada en la inmensa mayoría de los asuntos concluidos en laudo.

60 Freshfields Bruckhaus Deringer, *Arbitraje Internacional en 2022: Principales Tendencias* [https://www.freshfields.com/49012e/globalassets/our-thinking/campaigns/arbitration-top-trends-2022/international_arbitration_top_trends_2022_spanish.pdf].

de su ejecución (*v.gr.*, estipulando un plazo diferente, acordando el pago a plazos o acordando un pago reducido, a menudo a cambio de un pronto pago)⁶¹. En este contexto existe la posibilidad de que el acuerdo transaccional conduzca al allanamiento en el proceso de anulación del laudo, si las partes decaen en su interés de seguir litigando en esta sede.

20. Este carácter transaccional de infiere de la propia definición de allanamiento, según la cual se trata una declaración de voluntad de carácter unilateral del demandado por la cual muestra su conformidad con las pretensiones del actor, que debe se expresa y observar una serie de requisitos subjetivos (art. 21.2,1 LEC), objetivos (art. 21.1° LEC) y temporales (art. 19.3° LEC)⁶².

La jurisprudencia mayoritaria española tomando como referente el art. 21.1° LEC⁶³ resolvió positivamente el allanamiento en los procedimientos de anulación de laudos cuando una vez verificada que la materia sobre la que versase no constituyese un supuesto de fraude de ley ni afectase al interés general o perjudicase a un tercero. Por consiguiente, a) en aras de la tutela efectiva se consideró que un TSJ no debía entrar en prohibir la nulidad de un laudo por existir una situación de allanamiento⁶⁴; b)

61 A. Fernández Pérez, “Presentación”, *Interacción entre mediación y arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 31–32.

62 *Vid.*, por todos, M. Ortells Ramos, “La terminación del proceso: el allanamiento”, *Derecho procesal civil* (M. Ortells Ramos, coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 373-395.

63 Según este precepto, “Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante”.

64 STSJ Murcia CP 1ª 29 junio 2018 (ECLI:ES:TSJMU:2018:1363): “cabe aceptar el allanamiento, no solo por acuerdo entre las partes que hace desaparecer la base del laudo, sino en consideración de que la parte demandada no aceptó el

ante el allanamiento de la demandada en un proceso de anulación de un laudo arbitral se consideró procedente dictar Sentencia en los términos interesados por ambas partes sobre el fondo del asunto⁶⁵.

Pese a esta tendencia la cuestión adquirió gran notoriedad en los círculos arbitrales españoles tras una línea jurisprudencial iniciada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid a partir de 2015⁶⁶ españoles ha sido polémica en la doctrina al considerar que en este supuesto no estamos en presencia de una mera controversia entre partes que pueda ser decidida a voluntad⁶⁷. Resulta elocuente el ejemplo suministrado por el ATSJ Madrid CP 1ª 7 diciembre 2017 al considerar que

“Las partes, cierto es, pueden admitir hechos y, en según qué casos –no siempre, si el motivo de anulación es apreciable de oficio–, esa admisión de hechos puede vincular al Tribunal; más esta situación –admisión de hechos– no se puede asimilar ni a una transacción sobre materia indisponible que autorice a archivar la causa, ni a un allanamiento sobre tal materia, que, si procediera, hubiera de vincular al Tribunal abocando inexorablemente a una Sentencia esti-

convenio arbitral, por lo que se estaría en el caso del art. 41.1º.a) LA, pues los laudos, asimilables como se ha dicho a las resoluciones firmes con fuerza de cosa juzgada y vía ejecutiva, solo pueden ser anulados cuando concurre alguna de las causas de anulación taxativamente previstas en la Ley”.

- 65 STSJ Castilla La Mancha CP 18 abril 2019 (ECLI:ES:TSJCLM:2019:1095).
- 66 Una línea integrada entre otras, por las siguientes decisiones: Auto 3 mayo 2015 ECLI:ES:TSJM:2017:162A, dos autos de 4 de abril de 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:99A y ECLI:ES:TSJM:2017:100A) y en la Sentencia de 26 de abril de 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:4907), y los Autos de 5 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:582A) y 7 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:581A)
- 67 Vid. J. Remón Peñalver, “Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 3/2007; F. Cordón Moreno, “¿Allanamiento al proceso de anulación de un laudo arbitral?, *Publicaciones. Gmez-Acebo & Pombo*, 10 octubre 2019 [<https://www.ga-p.com/publicaciones/allanamiento-al-proceso-de-anulacion-de-un-laudo-arbitral/>].

matoria de la demanda. Por el contrario, la admisión de hechos, aun cuando pueda obligar al Tribunal, se limita a lo que es, no elimina ni sustituye la labor de subsunción jurídica que ostenta el juzgador y que puede llevarle a entender no concurrente, o sí, la causa o causas de anulación que se invoquen (...). Lo anterior es ratio suficiente para rechazar el allanamiento formulado”⁶⁸.

La tesis mantenida por la Sala Civil y Penal distinguía entre la disponibilidad para las partes del objeto del procedimiento arbitral en sentido estricto y el objeto del proceso de anulación (el laudo y su conformidad al orden público)

Recurrida esta decisión en amparo la STC 46/2020, de 15 de junio lo concedió al tiempo que solventaba la inadmisión del allanamiento en sede anulación de laudos. Esta Sentencia introdujo un giro trascendental en la tesis mantenida por el TSJ de Madrid, en torno a la disponibilidad para las partes del objeto del proceso de anulación. De acuerdo con ella el tribunal madrileño tomó una decisión irrazonable, en contra del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1º CE, cuando siguió conociendo de la acción de anulación a pesar de que las partes habían llegado a un acuerdo extrajudicial para la solución del litigio y de que habían pedido de mutuo acuerdo la terminación del procedimiento de anulación.

“(…) no se puede afirmar de manera tan categórica que las partes no puedan alcanzar un acuerdo posterior al laudo ni que, de dicho acuerdo, no se pueda entender que tanto demandante como demandada decaigan en su interés en seguir litigando. Mediante tal línea argumentativa se llega a negar el carácter subjetivo de los derechos que se ejercen en el proceso de anulación de laudos, otorgando a las partes tan solo el poder de desencadenar el proceso, pero sin poder hacer valer, *a posteriori*, los cambios sobrevenidos que afecten a su interés para obtener la sentencia. Por el contrario, ha de entenderse

68 Con voto particular del Presidente Francisco Javier Vieira Morante, *JEA*, nº 975.

que ello entra dentro del terreno del poder de disposición de las partes en un proceso civil, como lo es el proceso de anulación del laudo arbitral, sin que exista norma legal prohibitiva a dicho respecto”⁶⁹.

El Tribunal Constitucional continúa declarando de forma muy acertada que “con independencia de que la causa de pedir de la anulación afecte al orden público o no, lo cierto es que la cuestión de fondo es jurídico-privada y disponible, por lo que en nuestro sistema procesal civil, para que haya una decisión, se requiere que las partes acrediten un interés en litigar”⁷⁰.

Y la senda fue continuada por la STC 17/2021, de 15 de febrero de 2021⁷¹. A partir de aquí la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, incluyendo el de la Comunidad de Madrid, ha sido unánime en admitir los efectos del allanamiento en sede de anulación de laudos⁷².

69 *JA*E, nº 977.

70 *Vid.* las consideraciones de R. Hinojosa Segovia, “Nuevas perspectivas de la acción de anulación de los laudos arbitrales”, *La Ley: Mediación y Arbitraje*, nº 8, 2021.

71 J.C. Fernández Rozas, “El tribunal constitucional restablece la ortodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales”, *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Las Rozas, Wolter Kluwer, 2021, pp. 117–123, esp. pp. 120–121.

72 *Vid., inter alia*, las siguientes decisiones: a) Aceptación de un allanamiento en el proceso de anulación de un laudo arbitral (STJS Navarra CP 1ª 2 noviembre 2020, ECLI: ES:TSJNA:2020:266); b) El TSJ de Madrid admite la posibilidad de terminación anticipada del proceso de anulación reconociendo virtualidad al allanamiento de acuerdo a la STC 46/2020 (STSJ Madrid CP 1ª 15 diciembre 2020, ECLI:ES:TSJM:2020:14629); c) LA STC 46/2020 introdujo un giro trascendental en lo que había sido la tesis del TSJ de Madrid en torno a la disponibilidad para las partes del objeto del proceso de anulación (Sentencias TSJ Madrid CP 1ª 19 enero 2021, ECLI:ES:TSJM:2021:142); d) Admisión del allanamiento formulado por la parte demandada y con ello se da respuesta a la petición de anulación del laudo (STSJ Madrid CP 1ª 26 mayo 2021, ECLI:ES:TSJM:2021:5205);

Con ello las posibilidades de las operaciones de transacción en esta sede pueden resultar especialmente operativas.

e) Posibilidad de terminación anticipada del proceso de anulación reconociendo virtualidad al allanamiento de acuerdo a la STC 46/2020 (STSJ Madrid CP 1ª 3 marzo 2022, ECLI:ES:TSJM:2022:2623); f) El allanamiento de la entidad demandada significa la estimación de la demanda de nulidad de laudo arbitral interpuesta (STSJ Asturias CP 1ª 14 junio 2022, ECLI:ES:TSJAS:2022:1788); g) Se decreta la anulación de un laudo de consumo por allanamiento, al no apreciarse motivos de orden público, ni perjuicio para tercero que lo impidan y tratarse de una materia disponible por las partes (STSJ Galicia CP 1ª 24 mayo 2023, ECLI:ES:TSJGAL:2023:3844).

