

# APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

JOSÉ ÁNGEL MARÍN GÁMEZ  
Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Jaén

**SUMARIO:** I. PRESUPUESTOS DE DERECHO PÚBLICO PARA UNA INSTITUCIÓN DE DERECHO PRIVADO. II. EL ARBITRAJE COMO FÓRMULA COMPOSITIVA VALIDADA. 1. *Admisibilidad jurídica de las fórmulas compositivas tradicionales: autotutela, autocomposición y heterocomposición.* 2. *La alternativa judicial obsolescente: ventajas y dilemas.* III. MATERIAS ARBITRABLES: LA PUGNA FRENTE AL *NUMERUS CLAUSUS*. IV. NATURALEZA JURÍDICA Y ASPECTOS FRONTERIZOS ENTRE ARBITRAJE Y TUTELA JUDICIAL. 1. *Teorías jurisdiccionales versus teorías contractualistas.* 2. *Evicción contractualista y principio garantista constitucional.* V. FUNDAMENTOS DEL ARBITRAJE: JUSTICIA ALTERNATIVA Y CULTURA ARBITRAL. VI. INSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE Y COMPOSICIÓN DE BASE ASOCIATIVA. VII. APOLOGÍA Y ALGUNAS CONCLUSIONES.

## I. PRESUPUESTOS DE DERECHO PÚBLICO PARA UNA INSTITUCIÓN DE DERECHO PRIVADO

La aspiración por la recta convivencia es una constante social probada como inquietud común permanente y recidivante arraigada en las antiguas civilizaciones orientales y que naturalmente aparece también en los textos que nos ha legado la cultura greco-latina (Aristóte-

les, Protágoras) (1). Igualmente la hallamos cifrada según distintos módulos en clásicos más recientes como Maquiavelo, Kant, Locke, Condorcet, Montesquieu, Rousseau, Bodino, Kelsen, Weber, Fernando de los Ríos, Habermas, Bobbio, Häberle... Esta aspiración sostenida en la historia de la humanidad ha permitido afirmar recientemente a Gustavo Zagrebelsky (2) que la condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquéllos; el rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo de los más desfavorecidos... (3) ¿Acaso no son todos los aspectos reseñados reflejos evolutivos que nos permiten hablar de una cultura jurídica europea u occidental, forjada a lo largo de la historia, que entronca con la filosofía griega y se nutre del caudal conceptual del Derecho Romano?

De ahí que podamos compartir sin demasiados reparos que en el tiempo que nos toca vivir parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, y sin embargo deseable en la práctica. Es decir, no la primacía de un solo valor o principio, sino la salvaguarda de varios al mismo tiempo (4). Lo que así dicho y en el mejor de los casos no deja de ser intrincado. Hoy son más que deseables las soluciones alternativas, aunque en ocasiones se nos representen como contradictorias y, por tanto, adversas a la ciencia del derecho. La concordancia práctica y la permanente aspiración por la recta conviven-

---

(1) El hombre como la medida de todas las cosas.

(2) Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta, Madrid, 1995, pág. 16.

(3) Estamos aludiendo a la expresividad normativa de una herencia cultural en constante evolución. En su traslación contemporánea adquiere carta de naturaleza en la teoría de los derechos fundamentales. Al respecto la obra de Gregorio CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 75 y ss.

(4) G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, ob. cit., *ibidem*.

cia obliga a vertientes imaginativas respetuosas de las diversidades y hasta de las contradicciones. Ello no ha de suponer en modo alguno —como después de dirá— que debamos cercenar las potencialidades constitucionales que tanto nos ha costado alcanzar. Antes al contrario, se trata de ofrecer soluciones alternativas amparadas por la *scientia iuris* que no traicionen la teleología constitucional atesorada durante décadas. Soluciones que presentarán a veces una faz acumulativa, otras combinatoria, otras compensatoria, pero todas ellas tributarias de los valores y principios constitucionales que inspiran nuestro ser social. En este orden de cosas y con singular maestría, el profesor Häberle ha sabido poner de manifiesto que el concepto “cultura” tal y como venimos manejándolo, hace referencia al conjunto de las aportaciones parciales de las distintas ciencias y entre ellas la ciencia jurídica y, muy particularmente, el Derecho Constitucional. De manera que no parece aventurado afirmar que el orden jurídico constitucional desarrolla y cumple una función crucial en tanto coopera de modo decisivo a configurar una cultura capaz de proporcionarnos una visión integradora de la sociedad (5). En efecto, el orden jurídico se presenta como un sector de la cultura que trasmina los propios valores de la sociedad que está llamado a regular. De ahí que resulte del todo imprescindible que el estudioso, iusprivatista o iuspublicista, comprenda con amplitud de miras los problemas económicos y sociales que atañen a la sociedad que está destinado a servir. Sin embargo, la profundización en el análisis de los problemas, la adecuada contextualización de los mismos y la oferta de soluciones válidas y aceptadas de buen grado por los afectados, no siempre forma parte de los presupuestos de partida en el entramado judicial. Ahora bien, una síntesis como la que aquí se ensaya sobre una temática que cuenta con tantas aristas y vertientes, siempre tiene algo de

(5) Peter HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 34 y ss.. En esta obra del profesor HÄBERLE se hace notar el valor decisivo del pluralismo para construir una teoría constitucional homologable y válida para erigir el nuevo Derecho Constitucional común europeo. Siempre sobre la base de la tolerancia, el pluralismo y el carácter abierto de la norma constitucional. Entiende el autor citado que la teoría de la Constitución tiene que contar con las fuerzas políticas y con diversos y complejos intereses sociales y ha de ratificarse con la conciencia cívica. De manera que las enseñanzas sociales destiladas por la Constitución están, en todo caso, presididas por la tolerancia. Cfr. las aportaciones de Daniel Ignacio GARCÍA SAN JOSÉ, *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XIX*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, 2001, y, Alejandro SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

engañoso (6); sobre todo si en la lectura se toma el rábano por las hojas o, dicho más académicamente, si las apreciaciones en estas páginas contenidas se toman dogmática o categóricamente. Por ello el sentido del presente estudio tiende a entablar un foro de diálogo interdisciplinar que palie exclusivismos empobrecedores, en tanto que consideramos que las soluciones arbitrales y extrajudiciales a los conflictos forman parte de la clave cultural —constitucional— a la que nos estamos refiriendo. Al tiempo, favorecen la toma de conciencia popular sobre la trascendental función de la voluntad social de realizar la Constitución, y aportan estabilidad y seguridad al propio Estado (7).

Bien es cierto que debemos contar con que partimos de unos mimbres algo desconocidos incluso para los colectivos profesionales del derecho. Ciertamente que el arbitraje es una institución desconocida y contra la que recelan los miembros más cualificados de la praxis jurídica, hasta el punto de que algunos foros de la judicatura se han planteado la anticonstitucionalidad de la solución arbitral en atención a una singular interpretación del artículo 117 de nuestra Constitución de 1978, cuando afirma que el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde en exclusiva a jueces y tribunales. Desde luego que esto último es rotundamente como se indica, pero conviene reparar en un posible error básico o de planteamiento en el que incurren quienes anudan la dicción textual del artículo 117 de la Constitución tal como se ha expresado, con la anticonstitucionalidad del arbitraje en tanto que fórmula solutoria de las controversias. El error de partida consiste en considerar que el arbitraje es o puede ser una manifestación de la potestad jurisdiccional que más adelante estudiaremos. Desde este momento podemos adelantar que en modo alguno el arbitraje es una manifestación de la potestad jurisdiccional. Luego difícilmente se puede conculcar el Título VI de la Constitución, y en concreto el artículo 117.5 de la Constitución, de parte de la actuación arbitral. Se sale así al paso de la tacha anterior porque —como también veremos a continuación— la labor arbitral tiene una proyección

---

(6) En esta advertencia preliminar retengo el coralino parecer de Luis Díez-PICAZO en el exordio que él mismo hace a su obra *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, (Prólogo).

(7) Cfr. José Luis LÓPEZ GONZÁLEZ, en su recensión al libro del profesor Peter HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, ob. cit.. Recensión publicada en *Asamblea*, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 5, diciembre 2001, pág. 194. Sobre las bondades intrínsecas y extrínsecas del arbitraje, analizado desde distintas perspectivas, la obra coordinada por el profesor R. BERCOVITZ, *Comentarios a la ley de arbitraje*, Tecnos, Madrid, 1991.

exclusivamente funcional, es decir, que únicamente sirve para justificar un acto de enjuiciamiento parecido al que realizan cotidianamente los órganos jurisdiccionales del Estado. Pero nada más, puesto que la tarea de *iuris dictio* que realizan los tribunales arbitrales tiene sentido tras una sucesión de hitos procesuales y garantistas. De manera que según se dirá la labor arbitral no es ni puede ser jurisdiccional, sino procesal y siempre garantista desde la perspectiva constitucional. No obstante, antes de incidir en aspectos tan cruciales como los adelantados, detengamos la atención sobre las bases de discusión.

## II. EL ARBITRAJE COMO FÓRMULA COMPOSITIVA VALIDADA

El derecho en tanto que regulador de las relaciones de la vida cotidiana centra su naturaleza en la noción de relación jurídica. De manera que en dichas relaciones jurídicas los sujetos pueden cumplir las normas de forma espontánea (por convicción o por mera inercia), también por compulsión o temor a la coacción que comporta todo aquello que está relacionado con el apelativo jurídico. Es cierto que un cumplimiento espontáneo o un cumplimiento voluntario por parte de los sujetos que intervienen en las relaciones jurídicas, da lugar a una situación próxima a la aspiración genérica que hemos querido implicar al inicio de este trabajo. Es decir, da lugar a una situación de *pax socialis* o sencillamente normalidad en la convivencia. Igualmente cierto es que dicha situación no es siempre la nota común, sino que el devenir social, el desarrollo o la extinción de las relaciones no transita necesariamente por los cauces de normalidad a los que venimos aspirando desde tiempo inmemorial. Recordemos que esa ruptura suele acontecer bien porque una parte desconozca los derechos de su semejante, bien porque no exista acuerdo sobre quién tiene de su lado la razón o un derecho que lo ampare, bien porque exista una vulneración palmaria de los derechos del otro. En todo caso dichas eventualidades dan lugar a que se genere una situación de crisis, conflicto o controversia que rompe la tan deseada normalidad social. Ante tales eventualidades al derecho le toca actuar cuidadosamente y procurando resolver de la forma más certera la cuestión contenciosa en la que se ha convertido una cuestión —por lo general— originalmente sólo polémica. Ello nos permite acompañar a Díez-Picazo (8) en la afirmación de que una

(8) Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1970, pág. 18. En la misma línea argumental se encontra-

de las funciones del derecho es la prevención y composición pacífica de las controversias individuales y colectivas que puedan surgir entre las personas que integran la comunidad social. La cuestión sigue radicando en interrogarnos sobre lo siguiente: con qué mecanismos contamos para reequilibrar urgentemente los intereses en pugna.

1. *Admisibilidad jurídica de las fórmulas compositivas tradicionales: autotutela, autocomposición y heterocomposición*

Dar respuesta doctrinal inmediata a la cuestión que acabamos de suscitarnos conduce por alguno de los siguientes derroteros: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición. Descartamos la autotutela por cuanto supone la opción más primaria o primitiva de las posibles, y también porque conlleva una solución impositiva directa y coactiva de la voluntad de uno de los sujetos en conflicto sobre el otro. Generalmente esta opción está basada en la prevalencia de la fuerza física y carece de cualquiera sea homologación jurídica. La única ventaja que cabría rebuscar de las fórmulas solutorias de autotutela se centran en su carácter expeditivo, aunque no siempre de punto final. Sin embargo, no olvidemos que la función ofrecida históricamente por los jueces parte de la asunción del monopolio de aquéllo que se considera justo por parte del poder político establecido, con expresa prohibición de la autotutela también conocida como "justicia de propia mano" (9). Luego la admisibilidad jurídica de esta fórmula cae por su propia inercia.

En cambio, por medio de la autocomposición descubrimos una fórmula secundaria, más evolucionada o, si se prefiere, más civilizada de atender a la pugna de intereses que intentamos saldar. Se caracteriza la autocomposición por ser las mismas partes en conflicto las que apuestan por una solución intermedia o pretendidamente negociada. Solución que aparece propiciada por el sacrificio unilateral que cada una de las partes en litigio están dispuestas a soportar con tal de poner fin al conflicto, si es posible, de una vez por todas. El mecanismo autocompositivo aun siendo menos primario que la autotutela se asemeja a ella en un extremo clave que viene dado porque en uno y otro caso el

---

ban interesantes correlatos ya en 1953 en la obra de W. GOLDSCHMIDT *Controversias y soluciones*, y en J. GUASP, *El arbitraje en el derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 15.

(9) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, págs. 480 a 482.

conflicto es solucionado por los propios interesados, aunque no unilateralmente en este segundo supuesto. Las divergencias respecto de la autotutela, que hemos podido calificar como plenamente ajurídica, se cifran en que el desarrollo de la autocomposición es plena y conscientemente jurídico, al margen de los móviles y circunstancias internas que conduzcan a la autocomposición.

De entre los resortes solutorios que estamos repasando las fórmulas heterocompositivas representan el grado más evolucionado y mejor imbricado en nuestro modelo jurídico-constitucional. De ahí que los mecanismos concernidos por la heterocomposición sean los más cercanos a la propuesta principal sobre la que gira este estudio. La heterocomposición está preordenada a la solución definitiva e irrevocable de la controversia, impidiendo que el litigio reverdezca indefinidamente. De lo cual se desprende que sólo cuando las fórmulas autocompositivas alcanzan homologación judicial, queda solventado de forma definitiva el conflicto y logran capacidad ejecutiva con auxilio coactivo público, o lo que es lo mismo, gozando de los efectos con que el ordenamiento jurídico dota a las soluciones heterocompositivas (10). La característica básica de la heterocomposición es que se trata de un medio que opera a través de la intervención de un tercero imparcial ajeno al conflicto, al que las partes acuden con la voluntad de poner fin al mismo. Así, el tercero interviniente a instancia de los litigantes se compromete o viene obligado, por razón de su oficio, a emitir una resolución cuyo cumplimiento deberán acatar las partes. Este último dato revela la condición *suprapartes* (11) que ocupa el tercero al que los contendientes han tenido a bien acudir. Son dos las fórmulas heterocompositivas previstas en los ordenamientos jurídicos: el arbitraje y el proceso.

## 2. La alternativa judicial obsolescente: ventajas y dilemas

Con relación al proceso apuntemos ya, si se me permite sin demasiados preámbulos, un argumento nodal sobre el que ha de girar buena

(10) Compartimos la opinión de José Antonio COLMENERO GUERRA, en su trabajo *La resolución del arbitraje en equidad*, Consejería de Trabajo e Industria, Dirección General de Comercio, Consumo y Cooperación Económica, Junta de Andalucía, Sevilla, 2000, pág. 11. Y en la perspectiva de macromagnitudes tenemos presente la aportación de John RAWLS en su obra *La justicia como equidad: una reformulación*, (trad. Andrés de Francisco), Ed. Erin Kelly, Barcelona, 2002, pág. 12 y ss.

(11) Vicente GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 24.

parte de la reflexión contenida en este texto. La independencia del poder judicial forma parte de las claves culturales que definen nuestro Estado constitucional. Siendo así que el poder judicial se configura autónomamente en el seno del Estado, y ello hace posible que el ciudadano esté dispuesto a depositar su confianza en el orden jurídico como sistema eficaz de garantías frente a la arbitrariedad en el ejercicio del poder (12). Retengamos que sobre los pilares de la separación de poderes la función de juzgar es atribuida en exclusiva a los jueces, de manera que la independencia, como sujeción única del juez al imperio de la ley, sirve para levantar el edificio del poder judicial como poder estatal difuso (13), atomizado y compartido por cada uno de los órganos que ejercitan la función de decir o declarar el derecho aplicable dentro de un proceso reglado. Tanto la *potestas* como la independencia se refieren a cada uno de los órganos jurisdiccionales, lo que trae como consecuencia que el poder se defina exclusivamente por la función y que, como efecto de la independencia de cada uno de los órganos judiciales, su estructuración como poder del Estado sea sustancialmente distinta a la del poder legislativo y del poder ejecutivo, poderes ambos que son concebidos como unidad orgánico-funcional de decisión (14). La estricta y exclusiva definición funcional del poder judicial va a traer como consecuencia lógica que se le nieguen atribuciones no jurisdiccionales a los jueces, que quedarán, según su naturaleza, en manos del legislativo o del ejecutivo. La aplicación de la rigurosa concepción funcional sobre una administración de justicia estructurada como servicio público estatal con jueces funcionarios provocará que quede en manos del poder ejecutivo el conjunto de decisiones no legislativas que afecten a la ordenación, organización, administración y gestión de los medios personales, materiales y económicos de la Administración de Justicia. Lo que nos llevaría a problemas añadidos y todavía irredentos como lo son todos aquellos subsecuentes problemas derivados del gobierno de los jueces: sus modalidades y extensión, por ejemplo.

---

(12) Luis RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica; naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*, Publicaciones de Diánoia, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, 1971, págs. 411 a 494.

(13) Para los aspectos delimitadores de jurisdicción difusa *versus* jurisdicción concentrada en el modelo de justicia constitucional, cfr. José Ángel MARÍN GÁMEZ, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998, págs. 31 a 57.

(14) Manuel GERPE LANDÍN, "El gobierno del poder judicial en el constitucionalismo europeo continental: Francia, Italia, Portugal y España", en la obra colectiva *La división de poderes: el poder judicial*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Universitat de Lleida, Barcelona, 1996, pág. 11.

En torno a los problemas de *auctoritas* y, sobre todo, *potestas* de las decisiones que ponen fin a un conflicto de intereses, todos hemos podido leer y tomar como punto de partida la opinión vertida por un genuino hito de la ingeniería constitucional. En efecto, ya formuló Karl Schmitt en su *Teoría de la Constitución*, que toda la legitimidad de la decisión en cuestión proviene o deriva de la validez de la ley o de la validez de las pautas a las que las partes están dispuestas a someterse. Así cifraba Schmitt que un mediador o componedor puede gozar, incluso sin poder político, de una autoridad personal más o menos grande, pero sólo bajo el doble supuesto de que, primero, a las partes contendientes les sean comunes ciertas ideas de equidad, decencia, o ciertas premisas morales. Y segundo, que las contraposiciones no hayan alcanzado todavía el grado extremo de intensidad. Ahí reside, según el reputado autor, el límite de toda forma judicial y de toda composición. A este respecto debemos tener presente que el valor de la sentencia no arranca de que las partes la hayan aceptado con antelación o posterioridad a su pronunciamiento, sino porque emana de un órgano investido de potestad jurisdiccional y en virtud del deber de sujeción que liga al ciudadano que en este trance solutorio debemos identificar bajo el término *justiciable*. Mientras que el laudo arbitral es paladinamente el resultado de la libertad de los contendientes, no del sometimiento de los beligerantes a los parámetros que acabamos de aludir. En efecto, en tanto que modalidades heterocompositivas, el arbitraje y el proceso presentan las similitudes referidas, pero difieren de manera crucial en que en el arbitraje la legitimación proviene de un acuerdo expreso, es decir, de un contrato celebrado entre las partes y el tercero al que éstas acuden libremente, siendo el objeto del contrato o convenio arbitral la solución de un conflicto determinado, agotándose la *auctoritas* del árbitro en un único ejercicio de su función que finaliza con el laudo o decisión arbitral, que las partes efectivamente se comprometen a acatar. Por contra, en el proceso el tercero imparcial es un órgano preestablecido por el Estado, (juez ordinario predeterminado por la ley, art. 117.3 de la Constitución española de 1978), para conocer de todos los conflictos jurídicos que surjan en el ámbito de su propia competencia objetiva, funcional y territorial. El juez cuenta para ello con un revestimiento no sólo de *auctoritas*, sino también de *potestas*, según venimos insistiendo, en cuya virtud la potestad del órgano judicial dimana de la soberanía popular y puede traducirse, en su caso, en una actuación coactiva, imponiendo la ejecución forzosa de su resolución (sentencia o auto). Como decimos el juez queda instituido por el Estado de manera que la estructura estatal hace al juez depositario, en

exclusiva, de la potestad jurisdiccional tanto en su vertiente valorativa o de juicio (juzgar), como en su vertiente dispositivo-ejecutiva (ejecutar lo juzgado). Ciertamente la mera labor de juzgar entendida como elemental acto de enjuiciamiento o apreciación, es efectivamente compartida tanto por árbitros como por jueces, sin embargo la segunda, la labor de ejecutar lo juzgado, requiere del *imperium* reservado exclusivamente al órgano judicial (15). No hay discusión sostenible en torno a que el Estado monopolice la actividad consistente en administrar justicia, para la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos, disponiendo y ordenando una estructura orgánica adecuada a tal fin, y estableciendo un proceso que sirva de cauce debidamente concertado. Pero ello no significa que queden excluidos otros modos o métodos capaces de solventar las controversias. Así, coexistiendo con el proceso y en función del ámbito en que nos encontremos podemos detectar la presencia de dichos métodos compositivos.

Hemos de insistir en que el carácter exclusivo con que opera el artículo 117.3 de nuestra Constitución respecto de la potestad jurisdiccional, no implica que el principio deba ser entendido en todo rigor. Este es el parecer compartido por Colmenero Guerra, que afirma que no estaba en la mente del constituyente el eliminar de raíz otros posibles métodos de solución de conflictos, partiendo de que la Constitución de 1978 no nace del vacío, sino que pese al salto cualitativo y cuantitativo que la Carta Magna comporta social y normativamente, ella es deudora y respetuosa de una tradición jurídica que hilvana numerosos valores y principios por los que se ha regido la organización social a lo largo de la historia (16). Muchos de esos valores y principios tradicionales han sido modulados y reinterpretados conforme al nuevo orden constitucional que nos hemos dado en 1978. Lo mismo sucede con los distintos modos de solventar los conflictos que deben ser adaptados a la realidad presente y cambiante (17). En dicho contexto adquieren pleno sentido la afirmación de que la actuación del ordenamiento jurídico privado, en los casos en que respecto del mismo se plantean cuestiones litigiosas disponibles, no sólo es posible a través de la vertiente de la función jurisdiccional que llevan a cabo los órganos investidos de la potestad jurisdiccional única e indivisible,

---

(15) J.A. COLMENERO GUERRA, *La resolución del arbitraje en equidad*, ob. cit., pág. 12.

(16) Peter HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 104 y ss.

(17) ELÍAS DÍAZ, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1980. En la exploración de filosofía política John RAWLS, *La justicia como equidad: una reformulación*, ob. cit., pág.53 y ss.

denominados por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 juzgados y tribunales y mediante unas normas de procedimiento, que, con carácter de irrenunciables, se regulan en la Ley rrituaria civil de 7 enero de 2000, sino que también es posible que la actividad de llevar a cabo la resolución jurídica de las cuestiones litigiosas pueda ser realizada a través de sujetos o personas llamadas árbitros que, sin hallarse investidas por el Estado de la potestad jurisdiccional constitucional en los términos del artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lleven a cabo la resolución de aquélla en unas ocasiones con arreglo a derecho y en otras conforme a equidad (18).

La institución arbitral cuenta con un entronque y unos postulados tradicionales que creemos innegables. Por tanto, el arbitraje no es algo reciente sino que viene cohabitando con el proceso secularmente, pese a que el segundo haya desplazado al primero hasta arrinconarlo en la escena. Pero ello no supone de ninguna manera que el arbitraje haya desaparecido del panorama de la solución de conflictos. Más bien al contrario, su latencia contenida por la que no dudo en calificar de indeseable judicialización (19) de la vida, se torna en renovado vigor puesto que a la luz constitucional amanecida en nuestro país en 1978, la institución arbitral descansa en la libertad que nuestra Constitución proclama como valor superior del ordenamiento jurídico (arts. 1.1 y 9.2 CE), y enraíza en el tracto jurídico clásico de la autonomía de la voluntad y libre disposición (art. 10.1 CE: libre desarrollo de la personalidad). De manera que si la libertad permite hacer o no hacer, la autonomía de la voluntad permite regular del modo que los particulares estimen oportuno sus relaciones jurídicas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas (20). El carácter autónomo, garantista y procesal del arbitraje en el ámbito de la libre disposición de materias, supone hacer disponible la cuestión litigiosa, es decir, equivale a facultar a los particulares para que sustraigan del ámbito del ejercicio funcional de la jurisdicción estatal aquellas materias consideradas de libre

(18) Antonio María LORCA NAVARRETE y Joaquín SILGUERO ESTAGNAN, *Derecho de arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 27.

(19) Gregorio CÁMARA VILLAR, "Justicia y política en la España democrática. (Una reflexión a propósito de los llamados "jueces estrella" y la judicialización de la política)", en la obra colectiva *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 393 a 415.

(20) MONTERO AROCA en "Comentario al artículo 1", en la obra *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 20. Ejemplo de ello es la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de diciembre, de Arbitraje, que apuesta por una reforma en profundidad del arbitraje para que esta institución resulte apta no sólo para resolver

disposición. Bien es cierto que en el momento presente no es posible conceptualizar de modo absoluto al arbitraje como un derecho fundamental (21), pero tampoco pasa desapercibido al legislador el entronque constitucional del derecho al arbitraje cuando el preámbulo de la actual Ley de Arbitraje alude al convenio arbitral como instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas (22).

El valor sencillo que arrostra toda decisión solutoria de conflictos adoptada según las reglas del arbitraje de derecho y equidad, como solución alternativa a la vía judicial, es seguramente el mayor valor con que cuenta esta fórmula singular de ventilar conflictos que se hallen bajo el poder de disposición de los sujetos. Queda con ello dicho reproduciendo el tenor legal vigente (23) que no son, por tanto, objeto del contrato de compromiso arbitral o convenio arbitral las cuestiones de Derecho público, ni las materias sociales o laborales. Ahora bien y en este punto, es llegado el momento de discutir el aserto anterior y aportar lo que sigue para desbordar dicha constricción del arbitraje a lo jurídico privado: En efecto, en virtud de un laudo arbitral se alcanza la paz social o laboral a mediados de abril de 2002 en un conflicto de la misma naturaleza (laboral), con ocasión de

---

los litigios que se planteen en el marco de complejas relaciones mercantiles o de aisladas relaciones jurídico-civiles, sino también para eliminar conflictos como los que se producen en el tráfico jurídico en masa, mediante la autonomía de la voluntad de las partes. Cfr. la aportación de GARBÉRÍ LLOBREGAT, "Comentarios a los artículos 38 a 43", en la obra coordinada por R. BERCOVITZ, *Comentarios a la ley de arbitraje*, ob. cit., *ibidem*.

(21) Carácter fundamental que sí tuvo el arbitraje en las Constituciones del XVIII y principios del XIX. Ejemplo de ello encontramos en el artículo 5 de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, al declarar "*le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif*". También en los artículos 280 y 281 de la Constitución española de 1812, al declarar el primer precepto que "no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes", y el artículo 281, que "la sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar".

(22) Antonio María LORCA NAVARRETE Y Joaquín SILGUERO ESTAGNAN, *Derecho de arbitraje español*, ob. cit., pág. 31.

(23) Art. 2 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, texto legal que deroga la Ley de 1953 y deja sin contenido los preceptos del Código Civil relativos al compromiso. En el campo de las exclusiones debemos recordar que la Ley de Arbitraje dispone en su art. 2.1.c) que tampoco pueden ser objeto de arbitraje las cuestiones en las que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos.

la huelga de autobuses interurbanos en la Comunidad Autónoma de Madrid. Asistimos sin estrépito jurídico alguno al laudo arbitral dictado por el presidente del Consejo Económico Social, Jaime Montalvo. Este laudo ha cumplido la impagable misión de reequilibrar una controversia que trascendía de lo puramente jurídico y producía considerables perjuicios de toda índole a la población, y que trajo en jaque la paz social en amplio espectro. Luego queda rota la proscripción a la que hacíamos referencia sobre que el objeto del compromiso arbitral no podía ser una cuestión laboral. Con este laudo se pudo comprobar como el mismo incluía un convenio colectivo para todo el sector (interurbano, regulares temporales, de uso especial, discrecionales y turísticos), como pedían los sindicatos, con vigencia extendida hasta finales de 2005, como pedía la patronal, lo que garantiza la paz social durante ese período. El mismo laudo logra que nadie se lleve el gato al agua en lo que respecta a la subida salarial, la jornada laboral y los expedientes abiertos. Con ello comprobamos que también en el ámbito laboral un laudo, lleno de sentido común, deja zanjadas controversias tildadas de irreconciliables y ventiladas con numerosos actos violentos que además venían produciendo efectos más que perniciosos a más de un millón de viajeros en todo el territorio de una Comunidad Autónoma. De paso, el laudo ha servido para poner sobre el tapete asuntos sobre los que sería saludable reflexionar por su incidencia en el ámbito laboral. Es por ello que podemos apostar por la fórmula arbitral también en esos campos hasta ahora vedados a los laudos, tal como revela el sentido prudente y razonable del laudo dictado por el árbitro Jaime Montalvo (CES-Madrid), en tanto que un laudo ha sido capaz de sentar las bases para la paz social en un sector de especial conflictividad.

### III. MATERIAS ARBITRABLES: LA PUGNA FRENTE AL *NUMERUS CLAUSUS*

Con las anteriores referencias concretas queremos incidir en la cuestión que consideramos no zanjada sobre qué materias debemos considerar de libre disposición. Creo que esta es una de las encrucijadas aun pendientes y condicionantes del futuro del arbitraje en España. Luego la cuestión concernida por el artículo 1 de la Ley de Arbitraje, las materias de libre disposición, no es pacífica. Como cabe suponer la cuestión a resolver versa sobre si las partes solamente pueden someter a arbitraje y los árbitros mediar en aquellos conflictos que

traten sobre materias de libre disposición según el derecho privado, civil y mercantil (24). Si se toma como patrón la normativa civil citada al pie, nos encontraremos con que las constricciones abundan hasta el punto de cortocircuitar soluciones razonables a problemas reales que no permiten demora (25). Pero no olvidemos que el legislador decimonónico del Código común no podía contemplar un sistema intervencionista a la hora de regular asuntos propios del derecho privado, civil o mercantil. El legislador del siglo pasado comprendía que el Estado jugaba un papel poco relevante en la ordenación jurídica, de ahí que no le cupiera tomar en consideración otras excepciones posibles que las especificaciones de los artículos 1814, 1820 y 1821 del Código civil. *Es por ello que debemos integrar la norma en blanco arbitral. Nos puede auxiliar en esta labor tendente a determinar qué materias se pueden considerar de libre disposición y susceptibles, por tanto, de arbitraje, las normas contenidas en el artículo 6.2º y 3º del mismo Código. Es decir, no serían según este último criterio materias de libre disposición las que afectan al orden público (26). Y por tanto, quedarían excluidas de la eventual labor arbitral todas aquellas materias que afectan al orden público (27); lo que va en contra del ejemplo anterior que hemos traído a colación con ocasión de un asunto de índole laboral o social.*

Luego haciendo una reinterpretación o actualización de tales proscripciones, podemos convenir que la rigurosa y anacrónica dicción del artículo 6 del Cuerpo legal común poco o nada se adapta a los nuevos tiempos que nos tocan vivir, como digo precisados en muchos casos de soluciones efectivas, pegadas al suelo y no dilatadas

---

(24) *Ex* artículos 1814, 1820 y 1821 del Código civil: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”. “Las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas”. “Lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones es aplicable a los compromisos. En cuanto al modo de proceder en los compromisos y a la extensión y efectos de éstos, se estará a lo que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

(25) En referencia a la superación de ciertos formalismos enervantes, Luis RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”,* ob. cit., pág. 15.

(26) Ejemplo claro de jurisprudencia de conceptos frente a jurisprudencia de intereses, (*vid.* Ihering).

(27) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de diciembre de 1955, estima que “por competencia objetiva debe entenderse que la intervención directa del árbitro debe recaer sobre cuestiones que pueden ser objeto de arbitraje y que en concreto las partes las hayan sometido expresamente a la decisión arbitral”. Cfr. con el tenor legal del art. 2 de la vigente Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

en el tiempo. Como advierte Muñoz Sabate (28), la apropiación que de dicho artículo 6 del Código civil se está haciendo para el arbitraje, bajo el prisma de una estricta jurisprudencia de conceptos, resulta obtenida muy a pie forzado puesto que el artículo que acabamos de citar ni está pensado ni literalmente sirve para una integración normativa del arbitraje, aunque indudablemente pueda resultar provechoso para una interpretación analógica. En efecto, el artículo 6.2º repetido contiene una proposición lógica que se polariza en torno a los términos “renuncia de derechos” y “orden público” unidos por la consecuencia jurídica cifrada en el mismo precepto mediante un “no serán válidos”. Claro está que el sometimiento arbitral plasmado en el compromiso arbitral no tiene por qué representar renuncia alguna a ningún derecho que contrarie el orden público, máxime cuando el arbitraje pactado sea arbitraje de derecho. En estos supuestos a lo único a lo que renuncian las partes es al derecho a judicializar el conflicto (29). De manera que de la combinación del artículo 6 del Código civil y las normas de exclusión contenidas en la Ley de Arbitraje (art. 2.2 LA), no se obtiene una conclusión específica que puntualice al respecto de la exclusión de la materia afectante al orden público. Luego el orden público no tiene que impedir necesariamente el arbitraje.

En este orden de cosas parece certera la actual Ley de Arbitraje. Por un lado desvirtúa y destrona la polémica tradicional relativa a qué debíamos considerar propio de lo jurídico-privado o jurídico-público. Este debate queda debilitado una vez que el artículo 1 de la Ley de Arbitraje de 1988 aclara que sólo serán susceptibles de arbitraje las materias de las que puedan disponer las partes, a lo que se ha de unir que la disposición tiene que ser conforme a derecho, según los indicadores establecidos más arriba, pues la idea que subyace en el artículo 1 de la Ley de Arbitraje de 1988 respecto de las materias de libre disposición conforme a derecho, supone que no es posible el arbitraje en aquellas materias que son declaradas indisponibles o irrenunciables con arreglo a derecho. Así la Ley de 1988 supera la formulación contenida en el artículo 14 de la Ley arbitral de 1953, que aludía a materias de Derecho Privado sobre las que las partes puedan disponer libremente como objeto de

---

(28) Luis MUÑOZ SABATE, “La ley de arbitraje: un campo sembrado de minas”, en la obra colectiva *Arbitraje, mediación y conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 199.

(29) Gregorio CÁMARA VILLAR, “Justicia y política en la España democrática. (Una reflexión a propósito de los llamados “jueces estrella” y la judicialización de la política), cit., págs. 402 y 403.

arbitraje, y que según Lorca Navarrete y Silguero Estagnan (30) no dejaba de plantear cuestiones, como por ejemplo la que se refería al esfuerzo que era preciso realizar en orden a fijar cuándo se estaba realmente ante una materia iusprivatista sobre la cual las partes no pudiesen disponer, lo que obligaba a realizar una labor de examen caso por caso de aquellas materias de Derecho Privado de carácter disponible.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA Y ASPECTOS FRONTERIZOS ENTRE ARBITRAJE Y TUTELA JUDICIAL

Así, cuando entre diversas personas surge una controversia jurídica, aparte del ejercicio de una acción judicial o de acudir a la transacción éstas pueden acordar, mediante contrato, que la contienda sea solucionada por medio de arbitraje, es decir, por terceras personas que son denominadas árbitros. Con ello la acción judicial queda postergada por voluntad propia de las partes en disputa directa o eventualmente contendientes. Ello nos sitúa en clave de naturaleza jurídica de las figuras analizadas en este estudio. La actual regulación del arbitraje en España parte del carácter potestativo del mismo, tanto a favor de las personas físicas como de las jurídicas. Luego el Estado no puede proceder al establecimiento del arbitraje obligatoriamente (31).

##### 1. *Teorías jurisdiccionales versus teorías contractualistas*

Es lo cierto que el laudo firme produce idénticos efectos a la cosa juzgada, es decir, la decisión arbitral firme adquiere el valor de cosa juzgada. Ello da pie a buena parte de la doctrina especializada (32) para afirmar que el arbitraje tiene una indiscutible naturaleza jurisdiccional. El aserto sobre la naturaleza jurisdiccional del arbitraje indica a

---

(30) LORCA NAVARRETE y SILGUERO ESTAGNAN, *Derecho de arbitraje español*, ob. cit., pág. 30.

(31) Roza por tanto la constitucionalidad el arbitraje en la ordenación del transporte terrestre. Concretamente el art. 38.2 de la LOrdTT, que da lugar a un efecto similar al de un arbitraje obligatorio en la hipótesis contemplada en dicho precepto legal cuando la cuantía de la deuda sea inferior a 500.000 ptas., en la actualidad inferior a 3005'06 euros. (Vid. STC de 23 de noviembre de 1995).

(32) Por todos en España, Alcalá-Zamora, Carreras, Fenech, Prieto-Castro, Gimeno Sendra, Montero Aroca, y González Montes, entre otros.

las claras que el pronunciamiento arbitral cuenta con la misma eficacia que la sentencia dictada por un órgano del Estado encargado de administrar justicia en el caso concreto. Esta tesis nos llevaría a la llana afirmación de que en virtud de la naturaleza jurisdiccional del laudo arbitral firme, el Estado asume y hace suyo el pronunciamiento del árbitro. Unido a ello abunda en la misma tesis o corriente jurisdiccional el carácter de tercero imparcial que tiene el árbitro a la hora de poner fin a la controversia. En apoyo de la misma propuesta acude el Tribunal Constitucional en su Sentencia 62/91, de 22 de marzo. En efecto, la STC 62/91 proclama que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. Con todo, conviene ser cautelosos en torno a un pronunciamiento categórico a este respecto, dado que la adopción de posturas maximalistas podrían llevarnos a confusiones al reclamar categóricamente la naturaleza jurisdiccional de la institución. Sobre todo teniendo en cuenta que son notorias las diferencias estructurales entre el proceso judicial y el arbitraje y, también, que formal, procedimental y económicamente no tienen parangón uno y otro. Luego parece justo señalar que no encontramos equivalencia en lo orgánico (33) ni en lo relativo al procedimiento (34) entre proceso y arbitraje; eso por no detenernos ahora en los aspectos pecuniarios. No obstante, no faltan adeptos a la corriente judicialista que propugna la naturaleza jurisdiccional de esta institución. Para los partidarios de esta postura es la ley y no la voluntad de las partes la causa y origen de los limitados poderes de los árbitros. De manera que a estos efectos el árbitro no deja de ser un juez y el arbitraje una modalidad procesal. La atribución de funciones jurisdiccionales coloca a los árbitros en la categoría de particulares que ejercen, con carácter temporal, la función pública de administrar justicia. Y ello compatibiliza bien con la corriente judicialista citada.

No en vano el Tribunal Constitucional español ha patrocinado en alguna resolución la corriente jurisdiccional comentada. El aval que brinda el Alto Tribunal en las resoluciones aludidas toma como princi-

---

(33) Los árbitros no están incluidos en la demarcación y planta judicial, ni tampoco se encuentran sometidos a las mismas prescripciones y garantías.

(34) En lo procedimental el arbitraje se rige por los cauces previstos en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje de 1988, en relación con lo dispuesto en el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo. Y no por las normas rituarías previstas en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

pal eje argumental el que gira en torno a la figura del árbitro. Así se dice que el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de derecho actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*, pues el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, y que a su través las partes pueden obtener los mismos objetivos que lograrían mediante la actuación procesal ante la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada. Entiende el Alto Tribunal que la declaración arbitral sobre los derechos y obligaciones recíprocas de las partes en la controversia, se encuentra revestida de *auctoritas*, por imperativo de la ley; y sólo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los tribunales civiles (35). Para acabar concluyendo el Auto del Tribunal Constitucional de 28 de octubre de 1993, que “esta configuración institucional que tienen los árbitros que dictan laudos, a los que la ley reconoce una fuerza jurídica específica, de tal modo que despliegan unos efectos en gran medida equiparables a los de sentencias judiciales, impide que este Tribunal (refiriéndose al propio TC) pueda entrar a conocer en el fondo del presente recurso de amparo”. Siendo así que el árbitro en su condición de tal no puede personarse y actuar como una parte más en los procesos que puedan desencadenarse con ocasión de su laudo (36).

## 2. Evicción contractualista y principio garantista constitucional

En este campo parece claro que la existencia de dos corrientes básicamente contrapuestas (corriente jurisdiccional - corriente contractualista), sacude los cimientos sobre los que se asienta la naturaleza de la solución arbitral de conflictos y, por tanto, condiciona la institución analizada (37). Las teorías contractualistas están, no obstante, bien ancladas en la dicción legal que regula el arbitraje puesto que el conve-

---

(35) *Vid.* ATC de 28 de octubre de 1993, y SSTC 43/1986, 4/1988, 62/1991, 28/1993 y 288/1993. Esta última resolución, en referencia directa al argumento principal contenido en el texto, expresa que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada.

(36) De interés el trabajo de BONET NAVARRO, “El control de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral, (sobre la STC 288/1993, de 4 de octubre), en la Revista Derecho Privado y Constitución, núm. 6, 1995.

(37) Conviene tener presente la aportación de SERRA DOMÍNGUEZ, “Naturaleza jurídica del arbitraje”, en la obra *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.

nio arbitral proyecta su alargada sombra sobre el instituto hasta convertirse en presupuesto habilitante del laudo arbitral y sus efectos. La tradición normativa apunta en el marcador contractualista como puede llanamente apreciarse. Así, en auxilio de la corriente contractualista acudía la Exposición de Motivos de la traspasada regulación de arbitraje privado, donde atendía a la obra pacificadora de terceros que, gozando de la confianza de los contendientes, pueden recibir de éstos la autoridad necesaria para imponerles una decisión satisfactoria. Este aserto supone una decidida apuesta por la naturaleza contractual del arbitraje, puesto que la solución ofrecida por el laudo es el resultado de la relación contractual de mandato expreso conferido a los árbitros.

La doctrina autorizada contempla la virtualidad de la confrontación que venimos analizando en torno a la naturaleza jurisdiccional o naturaleza paccionada del arbitraje. Ante la disyuntiva planteada tras una obligada simplificación, podemos incidir con las opiniones citadas (38) en que lo crucial a los efectos de determinar la naturaleza jurídica de la institución es la actividad que resuelve la cuestión litigiosa. Desde la perspectiva procesalista esa actividad es la que se corresponde con la existencia de un debido proceso sustantivo arbitral a partir del cual se puede establecer la más variada sofisticación de técnica procedimental. De ahí que desemboquemos en el campo procesal (sustantivo) y técnico formal a un tiempo (procesual). Siendo así que el aspecto sustantivo se jurisdiccionaliza por mor del cauce impugnatorio y de los recursos, y se constitucionaliza al colocarse dentro del ámbito de actuación de la tutela judicial efectiva que proclama sin ambages el artículo 24 de nuestra Constitución de 1978. Ello nos sitúa ante la imprecación intermedia que tan saludables consecuencias genera en el terreno científico. Es decir, no se trata tanto de optar decidida y radicalmente por una u otra corriente, sino de resolver el dilema desde la comprensión del arbitraje como una institución que, al

---

(38) A. M<sup>o</sup>. LORCA NAVARRETE y J. SILGUERO ESTAGNAN, *Derecho de arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, ob. cit., pág. 34 y ss.. Criterio compartido por alguna jurisprudencia menor que tiende a fusionar las corrientes jurisdiccionalistas y las corrientes contractualistas, (vid. las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de mayo de 1992, de 25 de julio de 1996, y de 30 de septiembre de 1996). Al hilo y por su innegable valor referencial, la segunda edición de la obra de CASTÁN TOBENAS, *La formulación judicial del derecho. (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, edit. Reus, Madrid, 1954. También el criterio sostenido por Luis DÍEZ-PICAZO en su obra *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1970, pág. 11 y ss.

igual que los dos rostros de Jano, participa de una esencia dual, fundada en el concierto de voluntades y en el pacto cuando se acuerda privadamente el devenir decisorio de los eventuales conflictos, y, a un tiempo, margina temporalmente el imperium constitucional basado en el orden público como fórmula solutoria dispuesta desde el Estado para dirimir las contiendas a través del juez ordinario predeterminado por la ley, (art. 24.2 CE). Con tales matizaciones en la mano estamos en condiciones de atemperar el ímpetu de las teorías jurisdiccionalistas, toda vez que el arbitraje difícilmente admite el encorsetamiento jurisdiccional, pese a que la eficacia vinculante del laudo resida en la firmeza que le otorga el artículo 37 de la Ley vigente en tanto que acto procesal cuasipuro. Bien es cierto que la naturaleza procesal del acto resolutorio que encarna el laudo (firme) convierten a éste en una decisión ejecutiva que trasciende de lo netamente negocial o pactado para internarse en el terreno de las garantías de procedibilidad que el laudo representa mediante su faceta impugnatoria en vía judicial (39). En todo caso ello nos descubre que el sesgo procesal que la actividad arbitral puede indudablemente comportar por su propio devenir, incide considerablemente en el terreno garantista que igualmente conlleva toda actividad procesal. Por esto queremos compartir con Lorca Navarrete y Silguero Estagnan (40) que la función que asume el árbitro es necesariamente procesal-garantista, pero no precisamente jurisdiccional. En efecto, el arbitraje es una modalidad de actuación en la que se residencia la sustantividad del proceso a través de la técnica procedimental adoptada. Lo que no significa completa equivalencia con el ámbito de actuación (procesal) jurisdiccional o procesal judicial reglado (41). A este respecto los autores citados concluyen certera-

(39) Entre otros tratadistas del tema ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*, Comares, Granada, 1996. También, en toda su extensión, BONET NAVARRO, "El control de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral, (sobre la STC 288/1993, de 4 de octubre)", en la Revista Derecho Privado y Constitución, núm. 6, 1995. REGLERO CAMPOS, *El arbitraje. (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 242 y ss.; José Antonio COLMENERO GUERRA, *La intervención jurisdiccional en el arbitraje de consumo*, Dirección General de Comercio, Consumo y Cooperación Económica, Consejería de Trabajo e Industria, Junta de Andalucía, Sevilla 1999, pág. 34 a 77.

(40) A. M<sup>o</sup>. LORCA NAVARRETE y J. SILGUERO ESTAGNAN, *Derecho de arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, ob. cit., pág. 36.

(41) J. CASTÁN TOBEÑAS, *La formulación judicial del derecho. (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, ob. cit., págs. 17 y ss.. Con criterio propio incide en la teoría de la justicia como equidad John RAWLS, *La justicia como equidad: una reformulación*, ob. cit., pág. 36.

mente que no toda actividad procesal ha de ser necesariamente jurisdiccional, ni toda actividad jurisdiccional ha de ser por fuerza procesal (42). La funcionalidad del arbitraje consiste en que resuelve razonable y hasta eficazmente cuestiones y disputas, y esa operatividad no se logra mediante etiquetados negociales o adjetivaciones jurisdiccionales, sino mediante la labor garantista constitucional que cumple el árbitro a través del debido proceso sustantivo arbitral. Por ello interesa subrayar el marcado carácter garantista y constitucional que comporta la actividad arbitral implementada en vía procedimental. Luego, como indicábamos más arriba, difícilmente se puede conculcar el Título VI de la Constitución, y en concreto el artículo 117.5 de la Constitución, de parte de la actuación arbitral. Se sale así al paso de la tacha de anti-constitucionalidad que en ocasiones recae sobre el arbitraje porque como hemos visto la labor arbitral tiene una proyección exclusivamente funcional, es decir, que únicamente sirve para justificar un acto de enjuiciamiento similar al que realizan cotidianamente los órganos jurisdiccionales del Estado. Pero nada más, puesto que la tarea de *iuris dictio* que realizan las cortes arbitrales tiene sentido tras una sucesión de hitos procesuales y garantistas. Ello prueba que la labor arbitral no es ni puede ser jurisdiccional, sino procesal y siempre garantista desde la perspectiva constitucional.

La vertiente garantista referida tiene particular incidencia en torno a las garantías del debido proceso sustantivo, y conectan directamente con el principio constitucional de la tutela judicial efectiva. Ello supone que podamos hablar de un proceso arbitral con todas las garantías en modo alguno empañado por el carácter antiformalista del procedimiento arbitral (43), puesto que lo que se busca mediante la garantía del debido proceso sustantivo arbitral no es tanto la protección de un interés rituario, sino la de ciertos derechos subjetivos constitucionales cuyo contenido mínimo esencial es inviolable en cualquier ámbito jurídico. No en vano la vigente Ley de Arbitraje establece que el procedimiento arbitral ha de ajustarse a los principios

---

(42) *V. gr.* así sucede con algunos de los actos reputados de jurisdicción voluntaria que en la nueva L.e.c. de enero de 2000 se remiten, en todo caso, a la antigua norma rituarial civil.

(43) Tiene sentido la propuesta sobre la sustantividad del proceso arbitral por ser disponible la tramitación procedimental (contrapuesto al proceso judicial, si bien respetando unos trámites mínimos y, en todo caso, los principios de audiencia, contradicción e igualdad) y por la naturaleza esencial del plazo de decisión. (Sts. de la AP de Madrid, de 26 de noviembre de 1991 y de 22 de septiembre de 1992; STS de 9 de octubre de 1989; STC 4/1988, de 21 de enero, y STC 288/1993, de 4 de octubre).

esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, (arts. 3 y 21 de la Ley de 1988). Salvado lo cual el desarrollo del procedimiento arbitral podrá regirse por la voluntad expresa de las partes, por el acuerdo de los árbitros o por las normas establecidas al efecto por la corporación, asociación o institución a la que se haya encomendado la administración del arbitraje (44) (pero esto será objeto de estudio más abajo en el epígrafe dedicado al arbitraje institucional). Ahora bien, el carácter antiformalista que sustenta la esencialidad de los principios del procedimiento arbitral, implica que en la determinación de las reglas a las que los árbitros deben atender para su desarrollo no se pueda imponer la observancia de disposiciones procesales inaplicables, o que no se acomoden con el enjuiciamiento arbitral, en cuanto que puedan ser incompatibles con las características propias del arbitraje. Por tanto el modelo procesal arbitral se sustenta sobre la base de obtener la tutela procesal efectiva en orden a que, en ningún caso, se produzca indefensión (45), que ha de consistir en una impuesta falta de oportunidad para comparecer, alegar y probar en la instancia arbitral.

Frente a la solución o compromiso arbitral, podemos adelantar que el proceso judicial es algo más que un mero instrumento de aplicación de la legalidad vigente para solventar un litigio. Es mucho más, aunque más complejo; con la complicación y compulsión que ello implica. Decimos que la solución judicial a los conflictos trasciende con mucho de la simple aplicación de la ley al caso concreto. Aun con ser casuística, la solución judicial a los conflictos supera la sencilla declaración de lo jurídicamente prevalente y adquiere, en su propia inercia, una función reveladora del orden constitucional presente, con todas sus bondades pero también con todas sus complejidades, servidumbres y, no lo olvidemos, onerosidades. A ello se suma un factor desencadenado por la impronta del sistema constitucional de garantías. Me refiero al factor insoslayable que todos conocemos en España como recrudecimiento de la litigiosidad en los últimos veinte años, con la consiguiente censura a la justicia y denuncia de su incapacidad para tutelar eficazmente los derechos e intereses legítimos. Deficiencia conocida y patente a la que se intenta dar alguna respuesta mediante

---

(44) A título ilustrativo las normas reglamentadas AEADE actualizadas en febrero de 2001. (AEADE: Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad, entidad inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones con el núm. 166.770).

(45) LORCA NAVARRETE y SILGUERO ESTAGNAN, *Derecho de arbitraje español...*, ob. cit., pág. 327 y 331.

el periódico afán reformador procesal, del que hemos sido testigos recientemente en España (L.e.c. de enero de 2000), siempre tendente a imprimir celeridad y simplicidad. Ahora bien, lograr rapidez y sencillez en el curso de un proceso a veces se plantea con olvido de las garantías jurídicas fundamentales, o introduciendo innovaciones foráneas de difícil acomodo en nuestro ordenamiento jurídico. Luego conviene estar vigilantes ante los impulsos guiados por la celeridad y simplicidad a toda costa, puesto que el tradicional aforismo de "justicia tardía igual a justicia denegada" puede verse tristemente sustituido por otro de idénticas consecuencias perniciosas, en tanto que una justicia acelerada o precipitada puede suponer asimismo la mayor injusticia (46).

#### V. FUNDAMENTOS DEL ARBITRAJE: JUSTICIA ALTERNATIVA Y CULTURA ARBITRAL

La decisión judicial está concernida por un universo de articulaciones e imperativos jurídico-formales y también por preceptos jurídico-sustantivos bañados a su vez por los nutridos imperativos jurídicos fundamentales que han de impregnar a todo el sistema, (*v. gr.* de estos últimos los imperativos del art. 24 de la Constitución española de 1978, en relación con el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los parámetros generales de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Tratado Europeo de Derechos Humanos, y más recientemente, 7 de diciembre de 2000, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Es lógico pensar, pues, que ese universo anguloso de articulaciones y entramado combinatorio de preceptos de diverso rango, condicionan y determinan el desenvolvimiento y plasmación de la función jurisdiccional a través del proceso, que, insistimos, por propia definición va más allá de la mera solución casuística de la controversia planteada (47). En ocasiones serán los for-

---

(46) *Ius summum saepe summa malitia est.* Además, el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos prescribe la celeridad de los procedimientos judiciales, pero consagra asimismo el principio, más general, de una buena administración de justicia.

(47) No hay más que ver las rampantes citas jurisprudenciales, en muchos supuestos de jurisprudencia menor, que menudean en todo proceso en curso. Pese a no ser la jurisprudencia fuente del derecho en nuestro ordenamiento jurídico, (cfr. los arts. 1.1 y 1.6 del Código Civil). Así como las frecuentes referencias comparativas de resoluciones

malismos enervantes, en otras ocasiones serán los rigores de los imperativos jurídicos considerados primordiales los que decanten la solución que el juez pueda ofrecer al conflicto que las partes en litigio han llevado ante el criterio cualificado de "su señoría". El derecho al proceso (48) que con carácter constitucional y valor fundamental tienen los justiciables, puede ser en determinadas circunstancias y bajo ciertas condiciones más un escollo a salvar que una facultad intrínseca de los ciudadanos en el Estado de Derecho. Basta una rápida lectura de la Memoria del año 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para constatar que las dolencias tradicionales de la Administración de Justicia en esta Comunidad Autónoma pasan, en primer término, por un incremento del 21'86% en el presupuesto de la Junta de Andalucía en el año 2002 (49). En total, los asuntos por resolver disminuyeron un 57%, aunque en la actualidad existen aún tres mil quinientos asuntos pendientes de ser zanjados entre todas las audiencias provinciales andaluzas. La Memoria del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2001 contempla como positiva la evolución que apunta la jurisdicción civil en la Comunidad, ya que los asuntos pendientes han disminuido hasta un 63%. Lo que se explica porque se ha registrado un 15% menos de asuntos y se ha dado por finalizado un 7% más de casos que en el ejercicio anterior. Habiéndose registrado hasta 327 quejas (formalizadas) en relación con el funcionamiento de la justicia en la Comunidad Autónoma andaluza. De manera que la incidencia cifrada en esas 327 quejas se revela un 17'20% mayor que el año anterior, en el que se registraron 279, con lo que el total asciende a 606. Si se atiende al registro de expedientes de corrección disciplinaria, se aprecia un incremento de tres más que en el año 2000, situándose el total en 29 casos. En todo caso, entre las conclusiones alcanzadas en dicha Memoria de 2001 se plantea que para solucionar los problemas latentes en la jurisdicción andaluza, cuyo contingente de asuntos continúa sobrepasando la capacidad de resolución de muchos órganos judiciales, es necesaria la cobertura de las plazas vacantes para jueces y magistrados, así como

---

judiciales precedentes que son utilizadas en los usos forenses lejos de la función complementaria a que éstas y aquéllas obedecen. Cfr. MUÑOZ SABATÉ, "La recepción del arbitraje por la jurisdicción. Reflexiones para una urgente reforma", en la revista *La Ley*, núm.3, 1995.

(48) *Vid.* el volumen II de la obra *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1999, de la que son autores F.º BALAGUER CALLEJÓN, G. CÁMARA VILLAR, J.F. LÓPEZ AGUILAR, J. CANO BUESO, M.ª.L. BALAGUER y Á. RODRÍGUEZ, en particular las págs. 206 a 216.

(49) Ello supone una partida de más de 208 millones de euros.

la culminación de las labores de informatización y reorganización de la oficina judicial andaluza. Luego las mejoras más urgentes siguen pendientes de acometer y en ese estado de cosas, aun con los avances reseñados, difícilmente se puede hablar de situación normalizada. Lejos de la autocomplacencia por lo logrado, esta sensibilidad ha permitido afirmar (50) al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que lo más importante es lograr que el ciudadano confíe en la Administración de Justicia y sienta que obtiene una rápida respuesta a sus demandas. Lo que supone corregir ciertos aspectos como la pendencia excesiva de asuntos y los retrasos que la situación ineludiblemente comporta.

Ante un panorama que sigue sin ser halagüeño, convengamos pues que la solución judicial no es la única alternativa para decidir controversias y disputas. Se puede añadir que hay exigencias de justicia material y concreta que no tienen que quedar necesariamente supeditadas a las macromagnitudes jurídicas que motorizan el sistema. En un análisis certero el propio Gustavo Zagrebelsky (51) ha indicado que las normas de justicia de las Constituciones actuales establecen una distinción, que puede convertirse en contraposición, entre intereses individuales e intereses generales cualitativamente distintos de la pura y simple suma de los individuales. Lo dicho en modo alguno empaña la garantía fundamental consistente en que cualquier persona puede recabar del Estado la actuación correspondiente a fin de que se vean jurisdiccionalmente reconocidos sus derechos e intereses legítimos en la forma que las leyes procesales y sustantivas lo alumbren. De ahí que como señala Ernesto Pedraz Penalva (52), derivado por consiguiente del monopolio jurisdiccional es el deber estatal de poner a disposición de todos los justiciables los órganos judiciales y el proceso para la protección eficaz de sus intereses respectivos. Pero no olvidemos que la vía jurisdiccional no tiene la llave de la única salida a un conflicto en materias disponibles o de Derecho privado. De hecho el artículo 51 de la Constitución española de 1978 consagra los equivalentes al proceso como alternativa válida ante determinadas hipótesis. Concretamente en relación con los consumidores y usuarios el Texto Básico señala que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y

(50) Lo recoge la redactora Rocío MENDOZA en su trabajo publicado en *Diario Ideal*, 4 de abril de 2002, págs. 2 y 3.

(51) Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, ob. cit., pág. 93.

(52) Ernesto PEDRAZ PENALVA, "El proceso y sus alternativas", en la obra colectiva *Arbitraje, Mediación, Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial (CGPJ), Madrid, 1995, pág. 13.

usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los ciudadanos (53). Ello supone un mandato directo para que se establezca un sistema arbitral sin formalidades especiales, capaz de atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo las quejas o reclamaciones que pudieran darse. Dicho mandato se ha pospuesto en España hasta el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo (54).

Aunque es probable que la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, haya venido a paliar el estado general de saturación de los órganos jurisdiccionales en España, y que esta nueva norma rituaría común se haya propuesto, como no podía ser menos, dinamizar y acortar la excesiva duración de los pleitos, justo es señalar que el cauce procesal judicial para la solución de conflictos no deja de ser un calvario para los ciudadanos que en él están incurso.

Antes hemos señalado el creciente índice de litigiosidad detectado en nuestro suelo desde finales de los años setenta (55). Si bien es cierto que la litigiosidad no es asunto novedoso, sino que proviene de nuestros ancestros hispanos, concretamente, proviene de la tradición histórica de Castilla el gusto por engolar la pugna y las diatribas más insignificantes hasta el extremo final que permitieran las instancias jurisdiccionales, llevando la disputa —por supuesto— ya convertida en irreconciliable ante una cascada de recursos ante los tribunales de justicia con la esperanza más o menos fundada de paladear en alguna

---

(53) Al hilo la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la STC 15/1989, de 26 de enero, (BOE núm. 43, de 20 de febrero), que estimó parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra dicha Ley. Resultando modificada la Ley 26/1984 por la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. En este punto, conviene citar escuetamente el régimen jurídico del arbitraje en España previsto en la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984; la Ley de Ordenación del Seguro Privado, de 2 de agosto de 1984, actualmente derogada y sustituida por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; la Ley de Propiedad Intelectual, de 11 de noviembre de 1987, actualmente Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual; y, Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, de 30 de julio de 1987.

(54) Para un análisis del mismo DÍAZ ALABARTS, "El arbitraje de consumo (RD 636/1993, de 3 de mayo)", en la obra *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, Bilbao, 1994, pág. 170 y ss.; y J. A. COLMENERO GUERRA, *La intervención jurisdiccional en el arbitraje de consumo*, ob. cit., págs. 28 a 50.

(55) Ya anunciado por J. GUASP DELGADO en su libro *El arbitraje en el derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956. La misma circunstancia fue vislumbrada y se detalla en la obra de Cesáreo RODRÍGUEZ-AGUILERA CONDE, *La realidad y el derecho*, Bosch, Barcelona, 1974, pág. 5.

de esas instancias judiciales una resolución favorable (56). Los datos entregados por la historia nos hacen recordar que la Chancillería Real de Valladolid que tenía bajo su jurisdicción a unos cuatro millones de personas, recibía a finales del siglo XVI cerca de siete mil pleitos anuales, mientras que en la misma época el Tribunal de la Chancillería en Inglaterra recibía unos quinientos asuntos litigiosos. De manera que nuestra tradición histórica se revela particularmente propicia hacia soluciones alternativas al proceso, fomentando así la aparición de mediadores y conciliadores capaces de convenir y concertar a quienes libremente se sometieren al parecer de dichos conciliadores, ahorrándose los costes humanos, temporales y pecuniarios del proceso judicial.

Por tanto, la lentitud y carestía de los pronunciamientos judiciales son elementos que rescatan del ostracismo la composición concertada y arbitral de los conflictos. Aquella denuncia histórica que sirvió para recuperar la función arbitral de los compondores privados se ve hoy reverdecida ante el hecho palmario e incontestado de que en los dos últimos decenios se han disparado y recrudecido en nuestro país las dolencias que la justicia comporta, y son tanto más abominables para el ciudadano sencillo sus dos principales máculas: la tardanza y el alto coste. Las censuras aquí resumidas (57) y que creo que rondan la mente de todos convenientemente actualizadas y singularizadas, siguen latiendo en la sociedad española que en ocasiones se ve inerme ante las demandas de tutela eficaz de los derechos e intereses legítimos de quienes la integran.

La comprensión misma del papel del juez y la irremisión en la que parece instalarse la solución jurisdiccional de los conflictos, obliga a fórmulas alternativas y exige una dogmática jurídica "líquida" (58). Frente a la alternativa tensionada que supone el proceso como fórmula de solventar los conflictos, estamos, en definitiva, precisados de salidas razonables y fluidas que permitan contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época y reúnan los ele-

(56) Cfr. con el trabajo de MERCHÁN ÁLVAREZ, *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.

(57) MERCHÁN ÁLVAREZ, *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, ob. cit., *ibidem*. Convenientemente actualizados Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 9 y ss., Juan MONTERO AROCA, "Poder judicial y Administración de Justicia en la Constitución y en la práctica", en la obra *Diez años de régimen constitucional español*, (ed. Álvarez Conde), Tecnos, Madrid, 1989. También, Juan José TOHARIA, *Pleitos tengas... Una introducción a la cultura legal española*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1979.

(58) G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, ob. cit., pág. 17 y ss.

mentos jurídicos heterogéneos que sean útiles para la rápida y efectiva solución de conflictos intersubjetivos, alumbrando así un edificio flexible en el que quepan las combinaciones derivadas de la complejidad social con los parámetros jurídicos primordiales de nuestro sistema. Siguiendo a Zagrebelsky, la dogmática jurídico-constitucional debe ser el caldo donde las sustancias que se vierten, es decir, los conceptos e intereses contrapuestos, mantienen su individualidad y coexisten sin destruirse pese a los naturales movimientos de oscilación y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar a los demás, actuando como único valor exponencial la atemperación necesaria y la integración de intereses. Hay que resaltar la clave de buena parte del empeño con que abrimos este texto: la aspiración por la recta convivencia como constante social verificada históricamente.

Bien es cierto que la cuestión de las dilaciones procesales no es asunto que recaiga sobre la exclusiva responsabilidad de los jueces y la oficina judicial. Mucho tienen que ver en ello actuaciones dilatorias, cuando no abiertamente torticeras, de los agentes jurídicos y profesionales del derecho que creen así accionar a favor de su cliente, cuando no en aras de sus propios intereses en la causa; sean éstos más o menos confesables. Pero no perdamos de vista que la traída y llevada cuestión de la dilación en el proceso la sufren primordialmente las personas físicas o jurídicas que en él se ven involucrados y son parte, siendo éste un fenómeno presente en la generalidad de los países que cuentan con una cultura jurídica similar a la nuestra, con semejantes fundamentos jurídico-civiles y estructuras constitucionales (59). Así adquiere pleno vigor el viejo aforismo al que previamente hicimos referencia: "justicia retardada es justicia denegada".

La actual crisis del proceso muestra como una reiterada instrumentalización de la justicia no hace sino ahondar en sus reseñadas carestías, y termina por caracterizar y otorgar cierto sesgo a la modalidad jurisdiccional de solventar los conflictos. Seguramente no escapan de este reproche la mayoría de los sistemas procesales de nuestros vecinos europeos, igualmente lastrados por la complejidad, lentitud y carestía de los procedimientos judiciales. La clave está en que las soluciones que en el espacio europeo se buscan contemplan el acometimiento de reformas procesales, tanto como la oferta de otras alternati-

---

(59) Antoni MONREAL en la introducción a la obra colectiva *La división de poderes: el Poder Judicial*, ob. cit., pág. 6. También MUÑOZ SABATÉ, "La recepción del arbitraje por la jurisdicción. Reflexiones para una urgente reforma", cit., *ibidem*.

vas. Así en Alemania (60) se ha potenciado desde los albores de la década de los noventa una fórmula judicial de solución litigiosa que atiende a que en cualquier momento del proceso el juez puede considerar la conveniencia de promover el acuerdo entre las partes, y en la versión extrajudicial, como alternativa al proceso, se recurre a un sistema arbitral organizado por las cámaras de comercio e industria y utilizado anualmente por cerca de diez mil litigios, llegándose a la solución por mutuo acuerdo en nueve de cada diez casos. También en Bélgica se adoptan soluciones alternativas en paralelo a reformas que recaen directamente sobre la ley rituarial civil. Así, en el ámbito extrajudicial Bélgica ha establecido desde comienzos de 1993 un procedimiento arbitral para los consumidores, las agencias de viaje, lavanderías y tiendas de muebles. Del mismo modo en Francia ha encontrado plasmación la vía de la composición extraprocésal, de manera que desde 1978 se instituyó la figura del *conciliateur*, cuya actuación podía darse no sólo a petición de los litigantes, sino del propio órgano jurisdiccional tendente a propiciar un acuerdo inmediato de las partes debidamente intervenido por la secretaría del tribunal y, a solicitud de las partes, el juez de primera instancia podía sancionarlo otorgándole fuerza ejecutiva. Si bien, como recuerda Pedraz Penalva (61), esta figura no se ha prologado demasiado en el país galo.

Ello, evidentemente, repercute en el propio modo global de concebir el derecho (62). En la actualidad las exigencias constitucionales, los problemas sociales y, particularmente entre nosotros, el reto que representa el nuevo espacio sin fronteras de la Unión Europea nos obliga a la búsqueda de procedimientos más sencillos en asuntos de menor entidad, así como a la propuesta de serias alternativas al proceso común. Dejar la decisión de la contienda a la sola versión legal de los extremos contenidos en la misma, puede suponer en ocasiones un flaco favor a ambas partes puesto que el juez sólo puede decidir desde y según la ley. Mientras que el árbitro también puede hacerlo según la equidad, es decir, desde una posición de neutralidad amplia. Por contra, el exclusivo sometimiento del juzgador a la ley y su predeterminación, da lugar a la prédica de independencia judicial concretada funcionalmente en la imparcialidad objetiva y subjetiva. Pero el éxito de la solución judicial no reside sencillamente en lo que acabamos de expo-

(60) En vigor desde el 1 de abril de 1991, la *Rechtspflege Vereinfachungsgesetz*.

(61) Ernesto PEDRAZ PENALVA, "El proceso y sus alternativas", cit., págs. 31 y 32.

(62) Por todos, Alessandro PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 1974.

ner, sino que zanjar de forma justa y pacífica un conflicto pasa por la concurrencia armónica de otros muchos factores que van desde la organización judicial y política, el nivel ético de los profesionales del foro intervinientes en el proceso, la eficiencia de la legislación procesal, el sentido lógico y el acierto de la legislación sustantiva, etcétera.

## VI. INSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE Y COMPOSICIÓN DE BASE ASOCIATIVA

En el contexto europeísta en el que ya nos encontramos y razonablemente globalizador en el que podemos vernos inmersos a medio o largo plazo, el arbitraje institucional es seguramente una de las novedades más interesantes que incorpora la actual Ley de Arbitraje porque el texto legal no se para en distinciones entre institucionalización arbitral interna e internacional. Se deja así dicho que el arbitraje institucional permanecía inédito en nuestra tradición patria hasta que el artículo 10 de la Ley de 1988 introduce la factibilidad de encomendar, vía convenio arbitral, la administración del arbitraje y designación de los árbitros a determinadas instituciones, a saber, asociaciones, entidades y corporaciones (63). Ello nos ha permitido intitular así el presente epígrafe puesto que la institucionalización del arbitraje supone que, previo convenio de la misma índole, las partes puedan acordar que sea una institución de las que en sus estatutos o normas reguladoras se prevenga la realización de funciones arbitrales, la que resuelva las cuestiones litigiosas que pudieran suscitarse. Y tal actividad tendrá lugar a través de encargo único y aislado relativo a la administración del arbitraje y reservándose a sí mismas el nombramiento de los árbitros, o encomendando conjuntamente la gestión administrativa del arbitraje y la elección de los árbitros a la institución que designen.

Estamos, pues, en presencia de un tercero institucional debidamente inscrito que polariza la confianza recíproca de las partes y/o interesados en acudir eventualmente al arbitraje. Con ello las partes interesadas entregan, siempre por vía del convenio arbitral, a un tercero las más completas atribuciones en este campo especialmente atendida la organización y administración de los servicios arbitrales. En este punto el texto legal citado no es aséptico, sino que plantea una apuesta

---

(63) En el terreno de la nomenclatura no necesariamente hay que ser parcos puesto que la institucionalización referida admite toda clases de apelativos: asociación (*v.gr.* AEADE), instituto, corte, colegio, cámara, círculo, sociedad, consejo, comité, entidad...

franca por el arbitraje institucional buscando, eso sí, una mayor operatividad de la fórmula compositiva que venimos estudiando.

El arbitraje institucional merece atención porque se incardina en la teleología ordinal de la figura arbitral, es decir, el carácter contractualista propio del arbitraje en su trasunto hacia la base asociativa, tanto en su vertiente privada como en su vertiente pública (64). Así, el arbitraje de base asociativa se convierte en paradigma dentro del denominado arbitraje institucional, en su virtud la asociación o corporación correspondiente, una vez constituida como tal, se obliga a la administración del arbitraje. En todo caso, y según pudimos apreciar más arriba, la institucionalización del arbitraje que la Ley vigente programa abre la posibilidad tanto a las personas físicas, mediante el arbitraje deferido, como a las personas jurídicas, mediante el arbitraje institucional, para crear organismos arbitrales capaces de ofrecer soluciones efectivas a conflictos ciertos sin que ello empañe la dicción del Título VI de la Constitución española de 1978, o concluya el principio de unidad jurisdiccional del artículo 117.5 de la Constitución. La tarea de enjuiciamiento (modalidad de *iuris dictio*) que cumplen los organismos arbitrales no es jurisdiccional, sino procesal garantista en los términos arriba expresados. Ni tan siquiera en los casos en que el árbitro ha de decidir la controversia con sujeción a derecho, los encargados de dictar laudos realizan una actividad jurisdiccional mediante la aplicación de la norma jurídica que suponga el control por parte del árbitro de la legalidad o constitucionalidad de la norma jurídica a aplicar (65), en el bien entendido de que el

---

(64) Emblemático entre las corporaciones de ámbito público el representado por las funciones arbitrales de índole mercantil, nacional e internacional, que llevan a cabo las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Como aciertan a señalar LORCA NAVARRETE y SILGUERO ESTAGNAN, la tramitación parlamentaria del aspecto referido y cifrado en el art. 10 del Proyecto de Ley arbitral fue bastante disputada. En los trabajos parlamentarios se aprecia el empuje de las enmiendas favorables al reconocimiento de las corporaciones públicas como las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, y su pretendida prevalencia sobre las asociaciones o entidades privadas en cuyos estatutos se contenga la realización de funciones arbitrales. Ello provocó que la dicción del texto proyectado se resintiera y en el informe de la ponencia se propusiera una redacción en el que se recogió la alteración del orden en dos apartados sucesivos del Proyecto legal, citándose a las corporaciones públicas antes que a las asociaciones y entidades privadas. Aún así, hubiera sido peor la inclusión de una enmienda que finalmente no prosperaría y que propugnaba la consideración de las asociaciones y entidades privadas sin ánimo de lucro, destinadas a labores arbitrales, como un peligroso portillo para el ejercicio de un arbitraje privado sin las necesarias garantías. *Vid.* LORCA NAVARRETE y SILGUERO ESTAGNAN, *Derecho de arbitraje español...*, ob. cit., págs. 134 y 135.

(65) Art. 163 de la CE, art. 35 de la LOTC, art. 5 de la LOPJ.

árbitro no es un órgano jurisdiccional investido de jurisdicción en los términos de los artículos 117 de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Luego si la actividad del árbitro no es jurisdiccional difícilmente cabe admitir el control de constitucionalidad de la norma jurídica aplicable por parte del mismo, ni tampoco su remisión al Tribunal Constitucional por el cauce de la cuestión de inconstitucionalidad.

En todo caso, el arbitraje institucional tiene como misión primordial dar respuesta satisfactoria y eficaz a determinados problemas sociales que la justicia ordinaria se ve incapaz de resolver adecuadamente. Pensemos, por ejemplo, en el consumidor y usuario, pensemos en el pequeño comerciante o en el empresario mediano que soportan impávidos e impotentes un alto porcentaje de incumplimientos (66). A ellos principalmente va destinada la institucionalización del arbitraje de base asociativa, cursado mediante una administración rápida, eficaz, sencilla y comprensiva de la ejecución de los laudos dictados. Siguiendo estos parámetros el árbitro revestido de poder decisorio, si bien no jurisdiccional, puede cumplir plenamente con la misión ética y social a la que está llamado.

## VII. APOLOGÍA Y ALGUNAS CONCLUSIONES

Recientemente el libro *Reflexiones sobre la justicia en España* ha hecho acopio de los trabajos auspiciados por la Fundación para la Modernización de España, recogiendo entre sus documentos una serie de ponencias que se presentaron en el seno de unos coloquios para su discusión con los principales protagonistas de la reforma y modernización de la justicia. En los mismos debates han participado representantes políticos de los grupos parlamentarios Popular, Socialista, Catalán y de Izquierda Unida, las asociaciones de jueces (APM, JpD, Francisco de Vitoria), asociaciones de fiscales (UPF), de abogados del Estado, de secretarios judiciales, vocales del Consejo General del Poder Judicial, presidentes de Sala del Tribunal Supremo, presidente de la Audiencia Nacional, presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas, presidentes de Audiencias Provinciales, jueces y magistrados, Colegio de Abogados de Madrid, profesores universitarios, despachos profesionales y representantes del mundo

---

(66) Como venimos subrayando en muchos campos de la vida ordinaria, comercial o empresarial se ha consolidado el incumplimiento de escasa cuantía económica como práctica habitual, lo que hace inviable el recurso a la justicia ordinaria.

económico y de los medios de comunicación social, llegando a la conclusión de que los males que aquejan a la Administración de Justicia española son tres: carestía, lentitud e inseguridad. En contraposición a todo ello la fórmula arbitral de solventar el conflicto da lugar a que podamos afirmar que el arbitraje es el modo de hacer justicia conservando —si no la amistad— las buenas relaciones intersubjetivas; que tan relevantes son en el trato mercantil y comercial. El arbitraje constituye por sí mismo una vía de solución de conflictos que deviene necesaria, y no sólo sustitutiva del sistema de justicia ordinaria de todos conocido. Así el arbitraje se erige como institución con virtualidad y personalidad propia, paralela e independiente a los módulos solutorios tradicionales. Con ello podemos contar gracias a la especialización del árbitro en su labor, y también por la discreción, rapidez y flexibilidad del procedimiento arbitral (67). Sin restar contundencia a su argumento Pedraz Penalva (68) señala que el “proceso está condicionado cada vez más por una irracionalidad fruto de su propio arcaísmo respecto del cambio social; las vías alternativas deben servir para obviar la irracionalidad del proceso (69). Teóricamente cabría aceptar a priori que tenemos un proceso perfecto, en el que la decisión es mayoritaria y en el que tanto la norma constitucional como los principios que lo informan no aparecen suplementados democráticamente con la renovación de la mayoría. O sea, la legitimidad jurídica como la objetividad democrática en el proceso histórico de racionalización se interrumpe. El arbitraje por ejemplo tiene que obviar los condicionamientos que directamente determinan la irracionalidad del proceso o bien indirectamente a través del excesivo coste o de la incapacidad de llegar al fin históricamente perseguido, (no ha de ser pues medio alternativo sino remedio para lograr la racionalidad actual). Son factores determinantes a favor de las alternativas extraprocesales los siguientes:

— La inaccesibilidad efectiva de la justicia ordinaria para los carentes de recursos económicos que se ven compelidos a recurrir a abogados bisoños o con menor experiencia; a no poder utilizar peritos o al uso limitado de los oficiales para acreditar la naturaleza e importe del daño o perjuicio sufrido. Desigualdad procesal por la posición pri-

(67) Tener presente en cuanto al procedimiento que el de arbitraje se encuentra sometido al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, (BOE núm. 121, de 21 de mayo), por el que se regula el arbitraje de consumo.

(68) E. PEDRAZ PENALVA, “El proceso y sus alternativas”, cit., págs. 44 a 46.

(69) Luis RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*, ob. cit., pág. 411 y ss.

vilegiada, sancionada legal o jurisprudencialmente de una de las partes: *potentior persona*. Nadie discute que las grandes compañías se encuentran por su prevalencia económica, en la que ha de subsumirse la posibilidad de desgravar los gastos judiciales, en situación más favorable que el consumidor. La discriminación es más evidente en las contiendas de escasa cuantía que desmotiva al justiciable a la hora de acudir a la justicia, de un lado, por el dinero que en todo caso habrá de adelantar y, por otro, ante el temor a sumergirse en el proceloso laberinto judicial en el que se encuentra desvalido y que le supondrá una notable inversión de tiempo y dinero.

— Al hilo, costo y duración excesivos para todas las partes. El reconocimiento de la gratuidad de la justicia, a los dotados de menores recursos económicos, generalizándolo a todos los procesos conllevaría un costo intolerable aún para aquellos países en los que se ha introducido un sistema generalizado de asistencia legal.

— Creciente complicación y proliferación de leyes, con la conexas complejidad de problemas inherentes a su aplicación. Se incrementan las dificultades cuando la nacionalidad de los contendientes es diversa.

— La vía contenciosa no es la óptima en ciertos tipos conflictivos, a la luz de la necesidad de considerar los problemas sociales que subyacen en las litis más que los meros síntomas reveladores de estos problemas (*v.gr.* la impugnación de concursos y oposiciones de Universidad, en la práctica inútiles casi en la totalidad de las ocasiones, aunque indudablemente maleables para otros fines).

— Necesidad de disminuir la saturación de los órganos jurisdiccionales propiciando soluciones extrajudiciales, habida cuenta del notable incremento de la litigiosidad." A juicio del autor citado los factores reseñados más arriba comportan aspectos diversos justificativos de la tendencia hacia la desformalización correlativa a una cierta querencia a eludir el formalismo propio de la justicia y preferir modalidades de gestión privada de lo que se entiende como justo. En la línea argumental de contraposición que nos ha servido de pauta a lo largo de este texto, se adivina que el arbitraje plantea ventajas frente a la justicia que imparten los órganos jurisdiccionales estáticos. El arbitraje proporciona soluciones técnicas a problemas específicos y complejos, evitando la obligada intervención de un perito experto en la materia que auxilie al

---

(70) Perito (colegiado) que es a la postre quién indirectamente soluciona la controversia por vía de informe o dictamen cualificado.

juez (70); que dicho sea de paso no ha de atesorar un saber enciclopédico, sino sólo técnico-jurídico. Al respecto es concluyente la simplicidad e informalidad del procedimiento arbitral, en oposición a las formas rituarías ordinarias que siguen siendo pauta en la nueva Ley de enjuiciamiento civil española de enero de 2000. De ahí que una de las bondades más dignas de destacar en las actuaciones arbitrales es su potencial contribución a desjudicializar la Administración de Justicia, ofreciendo una alternativa rápida que conceda sosiego al quehacer jurisdiccional liberando el despacho del juez de la acumulación de asuntos y de las precipitaciones o abstracciones consiguientes (71). Por lo demás ofrece el arbitraje una solución económica que no empaña las garantías constitucionales con que ya cuentan los tribunales ordinarios. De otro lado se produce un efecto beneficioso que podemos calificar como concéntrico dado que las actuaciones arbitrales han de servir al Estado para que extienda su celo a favor de la “cenicienta de la Administración pública” que sigue siendo la Administración de Justicia. Finalmente, la decisión arbitral apoyada en el concierto de las partes que se someten resuelta y voluntariamente a la decisión contenida en el laudo, despeja el conflicto institucional que horada la recta convivencia social a la que me refería al inicio de estas páginas. Tan es así que las soluciones arbitrales dejan desprovista la escena social de buena parte de la dialéctica que la existencia en común comporta. Alejando el conflicto de la teatralización o visualización que se proyecta desde el entarimado judicial, el conflicto queda desinstitucionalizado y adquiere cierto carácter reservado y discreto que el mismo Heráclito consideraría impagable (72). La profundización en el análisis casuístico y la proposición de soluciones atemperadas por el derecho o la equidad encuentra en el arbitraje un campo abonado cuyo barbecho y ayuno de explotación perjudica las finalidades del orden social y jurídico.

---

(71) LORCA NAVARRETE y SILGUERO ESTAGNAN lo cifran con acierto: “...a ello se une el carácter prevalentemente abstracto de la sentencia y el posible desconocimiento técnico por parte del juez del *thema decidendi*...”, en su libro *Derecho de arbitraje español...*, ob. cit., pág. 66. En este orden de cosas, sobre los daños causados como consecuencia de las actuaciones judiciales, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Estudios de Derecho Privado*, ob. cit., 1980, pág. 95 a 122.

(72) *V. gr.*, repararemos en que un razonable extrañamiento de la consustancial dialéctica social propiciado por el arbitraje, moderado alejamiento del ámbito de la justicia ordinaria, lo ofrece la vigente Ley de Arbitraje al evitar la interposición de irredentos recursos capaces de mantener agónico un litigio por años sin término.

